



Universidade de Brasília - UnB
Faculdade de Direito - FD

**USO DE EVIDÊNCIAS NO DEBATE CONSTITUCIONAL SOBRE A EXECUÇÃO
ANTECIPADA DA PENA: ANÁLISE DOS VOTOS CONTRÁRIOS NO
JULGAMENTO DAS ADCS 43, 44 E 54**

ANA LETÍCIA RODRIGUES DA COSTA BEZERRA

Brasília - DF
2020

ANA LETÍCIA RODRIGUES DA COSTA BEZERRA

**USO DE EVIDÊNCIAS NO DEBATE CONSTITUCIONAL SOBRE A EXECUÇÃO
ANTECIPADA DA PENA: ANÁLISE DOS VOTOS CONTRÁRIOS NO
JULGAMENTO DAS ADCS 43, 44 E 54**

Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção do título de Bacharel em Direito pela
Faculdade de Direito da Universidade de
Brasília – UnB.

Orientadora: Prof. Dra. Beatriz Vargas Ramos
Gonçalves de Rezende

Brasília - DF
2020

ANA LETÍCIA RODRIGUES DA COSTA BEZERRA

**USO DE EVIDÊNCIAS NO DEBATE CONSTITUCIONAL SOBRE A EXECUÇÃO
ANTECIPADA DA PENA: ANÁLISE DOS VOTOS CONTRÁRIOS NO
JULGAMENTO DAS ADCS 43, 44 E 54**

Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção do título de Bacharel em Direito pela
Faculdade de Direito da Universidade de
Brasília – UnB.

Brasília, 09 de março de 2020.

Prof. Dra. Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende (orientadora)

Ma. Sinara Gumieri Vieira (membra da banca examinadora)

Álvaro Guilherme de Oliveira Chaves (membro da banca examinadora)

Prof. Dra. Camila Cardoso de Mello Prando (membra suplente da banca examinadora)

Brasília - DF
2020

AGRADECIMENTOS

Essa monografia fecha um ciclo de cinco anos e meio de graduação, os quais foram marcados por experiências e pessoas das quais jamais me esquecerei. Só tenho a agradecer a todos vocês que me acompanharam nessa jornada.

À minha mãe Ednete e ao meu pai José Rodrigues por todo o amor e preocupação, além das oportunidades de estudo que me deram. Aos meus tios Edna e Jean pelo apoio e pela constante fonte de bom-humor e alegria. Aos meus avós, por estarem sempre presentes, mesmo à distância, agradeço-os pela enorme dedicação que me proporcionou oportunidades que vocês não puderam ter; as minhas conquistas são consequências também do seu esforço.

À Universidade de Brasília agradeço por me proporcionar não só uma formação de excelência, mas, antes de tudo, uma vivência universitária instigante e questionadora e por me abrir portas além da sala de aula. Obrigada também pela oportunidade do intercâmbio na Universidad Carlos III de Madrid, a qual também agradeço pela recepção e pela aprendizagem.

Ao Veredicto e às PLPs (Promotoras Legais Populares) por terem sido o principal espaço da minha formação e (des)construção, lembrando-me o porquê do Direito. A todos os extensionistas com os quais convivi e aprendi, agradeço por me tirarem da zona de conforto e me fazerem enxergar além dos muros da Universidade e das bolhas que vivemos.

Às Marias, essas nove mulheres que compartilharam comigo a gestão do projeto, obrigada por me ensinarem a trabalhar em equipe, a defender meus pontos de vista e também a ceder. Nos doamos inteiramente e permanecemos juntas durante todos os percalços e vitórias, ao fim ficou um enorme carinho por vocês. Especialmente à Nathália por ter sido minha metadinha nessa empreitada e durante todo o resto da graduação.

Às professoras Gabriela Neves e Débora Diniz, e à Gabriela Rondon e à Milena Pinheiro, minhas orientadoras e coorientadoras de iniciação científica, agradeço pelas provocações, pela paciência e por serem inspiração enquanto mulheres e pesquisadoras. Aos meus colegas de ProIC, Amanda Luize, Nathália Ohofugi, Claudio Barbosa, Júlia Machado e Ana Luísa Gonçalves, obrigada por compartilharem as aflições iniciais da pesquisa e da escrita, sendo sempre fonte de apoio.

Aos amigos de graduação e de vida, obrigada por terem me acompanhado durante esses cinco anos, vocês têm importância ímpar na minha trajetória. Nomeadamente, à Luísa Alasmar, Camila Crivilin, Pedro Porto e Ana Clara, agradeço por compartilharem esses últimos anos de graduação e estágio com as angústias e dúvidas sobre a vida profissional e por sempre me assegurarem de que somos capazes de tudo. À Hortênsia Medina, por ter sido chefe e, muito

mais do que isso, amiga, obrigada pelo acolhimento e por acreditar em mim, em você me espelho.

Ao Lucas, pela ajuda na revisão e companhia durante a escrita desse trabalho, obrigada por ser meu porto seguro, por compartilhar minhas inquietações e minhas alegrias.

À Taynã por me ensinar a reconhecer meus méritos e batalhar as inseguranças durante a elaboração desse trabalho.

A todos do escritório Almeida Castro pelo aprendizado proporcionado, especialmente à Liliane e Marcelo, agradeço pela confiança e incentivo, sempre me provocando a superar desafios e impulsionando para que eu vá mais longe.

Por último, mas não menos importante, aos membros da minha banca. À minha orientadora, Beatriz, agradeço por aceitar o desafio de me orientar na elaboração desse trabalho de conclusão de curso, pelas sugestões e pela confiança. Ao Álvaro, agradeço pela paciência enquanto primeiro chefe de estágio, pelos ensinamentos enquanto chefe no último semestre de estágio, por me auxiliar na confecção do trabalho e por participar da banca examinadora, com você aprendi muito da vida profissional e da vida acadêmica. À Sinara, agradeço pelo interesse e disponibilidade para compor essa banca e pelas valiosas contribuições.

RESUMO

O propósito da presente pesquisa é analisar que tipo de argumentos são movimentados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal para justificar a flexibilização de garantias processuais penais, especialmente do princípio da presunção de inocência, para o início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado, a fim de compreender como se operou, e como se continua operando, a transformação do entendimento constitucional sobre o tema. Utilizou-se o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) nº 43, 44 e 54 como objeto de estudo, analisando-se os argumentos, evidências e fontes apresentadas nos votos contrários à procedência das ações. Inicialmente, é abordada a consolidação do controle de constitucionalidade no Brasil, o contexto histórico que permeou a constitucionalização das garantias processuais penais no país e a trajetória de entendimentos do Supremo Tribunal Federal acerca da execução antecipada da pena. Após, descreve-se os principais argumentos, evidências e fontes utilizadas nos cinco votos contrários no julgamento das ADCs. Por fim, é feita análise crítica, explorando-se as razões utilizadas nos votos por meio dos conceitos de consideração das consequências, de Winfried Hassemer, e de argumentos de política e de princípio, de Ronald Dworkin. Na conclusão, busca-se responder ao problema da pesquisa, constatando-se que, nos votos contrários à procedência das ADCs, são consideradas consequências externas para a sociedade, ligadas com o combate à corrupção e a efetividade penal, e são utilizados argumentos de política em detrimento de argumentos de princípio, além disso observou-se pouco rigor científico na apresentação de dados empíricos.

Palavras-chave: Execução antecipada da pena; Ação Declaratória de Constitucionalidade; Presunção de Inocência; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The purpose of this research is to analyze what kind of arguments are used by the judges of the Federal Supreme Court to justify the flexibilization of criminal procedural guarantees, especially the principle of the presumption of innocence, for the beginning of the enforcement of the sentence before the *res judicata*, in order to understand how the transformation of the constitutional understanding on the subject has been carried out and how it continues to be modified. The trial of the Constitutionality Declaratory Actions (ADC) nº 43, 44 and 54 was used as the object of study, analyzing the arguments, evidence and sources presented in the votes against the actions. Initially, the consolidation of the judicial review of constitutionality in Brazil, the historical context that permeated the constitutionalisation of criminal procedural guarantees in the country, and the trajectory of understandings of the Federal Supreme Court regarding the provisional enforcement of the criminal sentence are addressed. Afterwards, the main arguments, evidence and sources used in the five contrary votes in the ADCs trial are described. Finally, a critical analysis is made, exploring the reasons used in the votes through the concepts of consideration of consequences, by Winfried Hassemer, and arguments of politics and of principle, by Ronald Dworkin. In conclusion, I seek to answer the research problem, noting that, in the votes against the ADCs, external consequences for society, linked to the fight against corruption and the penal effectiveness, are considered and arguments of politics are used instead of arguments of principle; in addition, little scientific accuracy was observed in the presentation of empirical data.

Keywords: Provisional enforcement of the criminal sentence; Declaratory Action of Constitutionality; Presumption of innocence; Federal Supreme Court.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADC - Ação Direta de Constitucionalidade
ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF - Ação de Descumprimento de Preceito Federal
AGU - Advocacia-Geral da União
CJF - Conselho da Justiça Federal
CNJ - Conselho Nacional de Justiça
CP - Código Penal
CPP - Código de Processo Penal
CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil
DEPEN - Departamento Penitenciário Nacional
EC - Emenda Constitucional
HC - Habeas Corpus
OAB - Ordem dos Advogados do Brasil
ONU - Organização das Nações Unidas
PEC - Proposta de Emenda à Constituição
PGR - Procuradoria-Geral da República
RE - Recurso Extraordinário
REsp - Recurso Especial
STF - Supremo Tribunal Federal
STJ - Superior Tribunal de Justiça
TJMG - Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJSP - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TRF1 - Tribunal Regional Federal da 1ª Região
TRF4 - Tribunal Regional Federal da 4ª Região

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| Introdução..... | 10 |
| Capítulo 1: Controle de constitucionalidade e os entendimentos acerca da execução antecipada da pena..... | 13 |
| 1.1 Consolidação do controle de constitucionalidade e o crescente protagonismo do judiciário no Brasil..... | 13 |
| 1.2 A constitucionalização do direito processual penal no Brasil e o princípio da presunção de inocência..... | 17 |
| 1.3 A trajetória dos entendimentos do STF a respeito da execução antecipada da pena..... | 23 |
| Metodologia..... | 38 |
| Capítulo 2: Os votos contrários no julgamento das ADCs 43, 44 e 54..... | 40 |
| 2.1 Tipos de argumento..... | 40 |
| 2.1.1 Trajetória do tema no Supremo Tribunal Federal e impossibilidade de nova mudança jurisprudencial..... | 40 |
| 2.1.2 A presunção de inocência é compatível com a execução antecipada da pena..... | 42 |
| 2.1.3 O princípio da presunção de inocência deve ser ponderado com os demais..... | 44 |
| 2.1.4 Pragmatismo. A execução antecipada da pena combate a impunidade e a corrupção que assolam o país..... | 46 |
| 2.2 Tipos de evidência..... | 49 |
| 2.3 Tipos de fonte..... | 55 |
| Capítulo 3: Análise crítica dos resultados..... | 58 |
| 3.1 Falso giro empírico..... | 59 |
| 3.2 Consideração de consequências..... | 62 |
| 3.3 Argumentos de princípio e argumentos de política..... | 68 |
| Conclusão..... | 75 |
| Referências bibliográficas..... | 80 |

INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade na América Latina passou a se fortalecer a partir das transições democráticas e reformas constitucionais do final do século XX. No Brasil, com o advento da Constituição de 1988, foi dada maior relevância aos princípios e ao controle concentrado abstrato. O Supremo Tribunal Federal então começou a ganhar protagonismo, tendo, recentemente, consolidado-se como importante *locus* de reconhecimento e proteção de direitos. No entanto, há constantes avanços e retrocessos.

No campo penal, com a CRFB/88, muitas garantias processuais penais foram constitucionalizadas, ganhando espaço na Constituição e adquirindo assim status de direito fundamental com a função de proteger a liberdade e a dignidade do cidadão em face do direito de punir do Estado.

O direito à liberdade constitui um dos bens jurídicos de maior relevância, estando resguardado nos tratados internacionais e nas normas internas em meio a outros direitos essenciais à condição da natureza humana como, por exemplo, o direito à vida e à dignidade.

No caso da punição penal, tem-se que a CRFB consolidou a liberdade de ir e vir como um direito individual, em geral, sempre protegido, mas podendo sofrer restrições excepcionalmente, como é o caso do indivíduo que pratica crime e, após o devido processo legal, é privado de sua liberdade em certas condições e por determinados prazos, conforme estabelece a lei.

A esse respeito, estabeleceu-se no art. 5º, inciso LVII, que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*; e, no inciso LXI, que *“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”*.

A despeito dessas disposições constitucionais, o momento de início da execução da pena continuou sendo ponto controverso na doutrina e jurisprudência, permanecendo assim até hoje. Atualmente, há duas perspectivas principais sobre o tema: a primeira é que, em razão do mencionado inciso LVII, o início da execução da pena só pode se dar após a tramitação de todos os recursos cabíveis, depois de certificado o trânsito em julgado. A segunda perspectiva, defendida por outro grupo relevante, é que a execução da pena pode se iniciar após decisão condenatória em segunda instância, tendo em vista que, após esgotadas as instâncias ordinárias,

não há mais reexame fático-probatório nos tribunais superiores. Essa situação é denominada no presente trabalho como execução antecipada da pena ou execução provisória da pena.

Ao longo dos últimos 31 anos, nos quais esteve vigente a Constituição de 1988, foram aplicados diferentes entendimentos pelos tribunais pátrios sobre o tema. Os últimos dez anos foram especialmente marcados por diversas mudanças jurisprudenciais no STF, com destaque para os seguintes momentos: (i) em 2009, no julgamento do *habeas corpus* nº 84.078, o Supremo entendeu pela inconstitucionalidade da execução antecipada da pena, que era até então aplicada. Dois anos depois, em 2011, esse entendimento foi positivado pelo legislativo no art. 283 do CPP¹. (ii) Contudo, em 2016, no julgamento do *habeas corpus* nº 126.292, admitiu-se a possibilidade de início da execução da pena após a confirmação da sentença em segundo grau. Continuando essa trajetória, no mesmo ano foram apresentadas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, nas quais se pretendia a declaração da constitucionalidade do dispositivo do art. 283 do CPP que veda a prisão sem decisão condenatória transitada em julgado, mas, na análise das medidas cautelares dessas ações, também em 2016, prevaleceu ainda a possibilidade de execução provisória da pena. Em 2018, foi julgado o *habeas corpus* preventivo nº 152.752, cujo paciente era o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, no qual o STF manteve o entendimento anterior de permissão da execução antecipada da pena. (iii) Por fim, em 2019, houve o julgamento definitivo do mérito das ADCs nº 43, 44 e 54, no qual foi revertido o entendimento e afastada novamente a execução antecipada da pena.

Essa trajetória conturbada demonstra a instabilidade da jurisprudência sobre o tema, que é alvo de debates intensos e mobilização de juristas. Essas frequentes mudanças jurisprudenciais se conectam ainda com a instabilidade política do país, que mergulhou numa crise política nos últimos anos².

É precisamente nesta instabilidade jurisprudencial e política que reside a relevância do objeto de estudo, pois a questão da execução provisória da pena dificilmente pode ser considerada superada, sendo provável que venha a ser revisitada e revisada nos próximos anos por meio judicial ou pelo próprio legislativo.

Assim, pretendeu-se, no presente trabalho de conclusão de curso, a realização de pesquisa empírica jurisprudencial, tendo como objeto o julgamento de mérito das ADCs nº 43,

¹ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

² Dentre os acontecimentos mais relevantes, destaca-se a deflagração da Operação Lava-Jato em 2014, com uma eleição polarizada no mesmo ano, o *impeachment* da presidenta Dilma em 2016, a prisão do ex-presidente Lula em 2018 e um processo eleitoral conturbado no final do mesmo ano, com a eleição do presidente Jair Messias Bolsonaro.

44 e 54, o mais recente sobre a matéria. Analisaram-se os argumentos, evidências e fontes utilizadas pelos ministros contrários à procedência da ação no STF para fundamentar sua posição pela possibilidade de execução antecipada da pena, em busca de se compreender como se operou - e como se continua operando - a transformação do entendimento constitucional sobre o tema.

Com o presente trabalho, busca-se ainda contribuir com a análise dos pronunciamentos do judiciário e da fundamentação das decisões e com a pesquisa comparativa sobre processos de judicialização na América Latina em um marco de constitucionalismo democrático.

A presente monografia está estruturada em três capítulos.

No primeiro, é abordado, inicialmente, como se deu a consolidação do controle de constitucionalidade e o crescente protagonismo do judiciário no Brasil, resgatando como se construiu esse controle de constitucionalidade e como foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro as ações de controle concentrado. Em seguida, é dado foco ao contexto histórico que permeou a constitucionalização das garantias processuais penais no Brasil, retomando as principais mudanças quanto às prisões cautelares e definitivas. Ainda no primeiro capítulo, descreve-se a trajetória de entendimentos do STF acerca da execução antecipada da pena, abordando os principais julgamentos do Tribunal sobre esse tema.

O segundo capítulo traz a descrição dos dados levantados quanto aos cinco votos contrários à procedência nas ADCs nº 43, 44 e 54 proferidos pelos ministros Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia. Apresentam-se os principais argumentos abordados, as evidências e fontes utilizadas nos votos.

No terceiro capítulo, é realizada análise crítica sobre os dados detalhados no capítulo 2. É abordada, primeiramente, a forma como foram utilizadas as evidências empíricas e as fontes nos votos. Em seguida, são explorados os principais argumentos dos votos contrários por meio dos conceitos de descrição das consequências, de Winfried Hassemer, e de argumentos de política e de princípios, de Ronald Dworkin.

Ao final, busca-se responder ao problema da pesquisa: **que tipo de argumentos são movimentados pelos ministros do STF para fundamentar o posicionamento pela flexibilização de garantias penais e processuais penais no caso da execução antecipada da pena?**

CAPÍTULO 1: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E OS ENTENDIMENTOS ACERCA DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA

1.1 Consolidação do controle de constitucionalidade e o crescente protagonismo do judiciário no Brasil

Inicialmente, busca-se retomar a trajetória que levou à consolidação do controle de constitucionalidade no Brasil. Foi sob a influência do constitucionalismo norte-americano que se incorporou na América Latina o princípio da supremacia constitucional, o qual mais tarde se tornaria um dos princípios clássicos do constitucionalismo latino-americano.³ O controle de constitucionalidade, entretanto, não foi incorporado nas constituições latino-americanas de imediato, mas foi introduzido e evoluiu a partir do que alguns juízes consideraram estar implícito na constituição, isto é, a necessidade de resguardar sua primazia.⁴

Para que se efetive uma ordem constitucional forte, é necessária a presença de democracia, com separação de poderes e grupos de oposição política ativos e conscientes dos meios judiciais cabíveis para alcançar seus interesses⁵, além de um judiciário independente que seja capaz de julgar contra os interesses do governo e dos detentores de poder sem ser censurado, desafiado ou punido com políticas públicas repressivas.⁶

No entanto, as recém-estabelecidas democracias latino-americanas da primeira metade do século XX não conseguiram desenvolver e manter judiciários fortes e independentes, não tendo logrado, àquela época, estabelecer um efetivo controle de constitucionalidade. Mais tarde, nos anos 60 e 70, colapsaram muitos regimes democráticos e vieram períodos ditatoriais em vários países da América Latina, momentos nos quais o controle de constitucionalidade perdeu ainda mais relevância.⁷

³ BREWER-CARÍAS, Allan R. *La jurisdicción constitucional en América Latina*. In: BELAÚNDE, Domingo García Belaúnde; SEGADO, Francisco Fernández (Coord.). *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Dykinson S.L. (Madrid), Editorial Jurídica Venezolana (Caracas), Ediciones Jurídicas (Lima), Editorial Jurídica E. Esteva (Uruguay), Madrid, 1997. pp. 117-161. Disponível em: <http://allanbrewercarias.com/?s=La+jurisdicci%C3%B3n+constitucional+en+Am%C3%A9rica+Latina&taxonomy_year=>>. Acesso em 13 set. 2019

⁴ NAVIA, Patricio; RÍOS-FIGUEROA, Julio. *The constitutional adjudication mosaic of Latin America*. Comparative Political Studies, Vol. 38, núm. 2, pp. 189-217, 2005.

⁵ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. Part I: Concepts and Conditions. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. (Eds.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

⁶ RÍOS-FIGUEROA, Julio. *Fragmentation of Power and the Emergence of an Effective Judiciary in Mexico, 1994-2002*. Cambridge University Press on behalf of the Center for Latin American Studies at the University of Miami: Latin American Politics and Society, Vol. 49, No. 1, 2007, pp. 31-57. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/4490506>>. Acesso em 13 set. 2019

⁷ NAVIA, Patricio; RÍOS-FIGUEROA, Julio. *Op. cit.* 2005.

A recente onda de redemocratização na América Latina, a partir dos anos 80, possibilitou o fortalecimento do judiciário nesses países e, com isso, provocou importantes mudanças nos instrumentos disponíveis para acionamento do sistema de justiça pela sociedade civil, bem como a expansão da via judicial constitucional. Além disso, o fortalecimento do judiciário também foi fundamental para o estabelecimento de regras, de princípios e de políticas aptas a protegerem a ordem constitucional e a recém-consolidada democracia contra ameaças autoritárias e conflitos generalizados.⁸

Na América Latina, criaram-se então sistemas de controle de constitucionalidade distintos em relação àqueles já existentes nos Estados Unidos da América e na Europa. Isso porque a maioria dos países latinos adotou sistemas mistos que mesclaram as estruturas antes existentes, não seguindo completamente o modelo estadunidense - difuso, em que o controle constitucional é feito por todo o judiciário -, nem o clássico modelo austríaco - concentrado em apenas um tribunal constitucional que não integra o judiciário -, mas combinando os dois modelos simultaneamente e atribuindo o papel constitucional a tribunais que integram o judiciário.⁹

No Brasil, combinam-se três tipos de controle de constitucionalidade: (i) o difuso concreto, adotado desde a Constituição de 1891, que é feito por todos os tribunais quando, em um caso concreto, se desrespeita lei federal ou a Constituição; (ii) o concentrado concreto, feito pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Recurso Extraordinário ou outras ações que analisam também casos concretos; e (iii) o concentrado abstrato, feito pelo STF em sede de ações de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, considerando-se abstratamente uma regra; ambos adotados somente a partir da Constituição de 1934. Os controles concretos possuem efeitos *inter partes*, ou seja, apenas para aquele caso concreto, já os controles abstratos possuem efeito *erga omnes*, isto é, geral e vinculante.

Com o advento da Constituição de 1988, foi dada uma centralidade maior aos princípios e direitos fundamentais, bem como aos mecanismos de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, os quais foram ampliados e ganharam mais relevância, propiciando novos instrumentos de reivindicação de direitos.

Nesse sentido, operou-se uma mudança considerável no modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, isso porque, até a entrada em vigor da nova Constituição, o Recurso Extraordinário era o principal feito de competência do STF, ou seja, o controle difuso

⁸ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. *Op. cit.*, 1995, pp. 2-5.

⁹ BREWER-CARÍAS, Allan R. *Op. cit.*, 1997.

possuía até então maior relevância. A CRFB/88 então reduziu o âmbito de cabimento do Recurso Extraordinário, passando ao STJ a competência para julgar a divergência entre o direito estadual e o direito federal ordinário, e ampliou significativamente o rol de atores políticos aptos a provocarem o STF em Ação Direta de Inconstitucionalidade¹⁰, antes restrito ao Procurador-Geral da República, dando assim maior destaque ao controle abstrato.¹¹

Digno de nota é também a criação do Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI), do controle abstrato da omissão do legislador (art. 103, § 2º) e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, § 1º).

Pouco tempo depois, foi introduzida também a Ação Declaratória de Constitucionalidade, modelo de ação do julgado objeto do presente trabalho, por meio da Emenda Constitucional nº 3 de 1993, cuja legitimação ativa era limitada ao Presidente da República, Mesa da Câmara, Mesa do Senado Federal e Procurador-Geral da República. Em 2004, todavia, sobreveio a Emenda Constitucional nº 45, que, entre outras mudanças, substituiu o rol restritivo da EC nº 3/93, possibilitando a propositura da ADC por todos os legitimados para a ADI.¹² Essa medida reforçou ainda mais o controle concentrado de constitucionalidade em detrimento do difuso.

Além disso, entrou em vigor também a Lei nº 9882 de 1999, que regulamentou a Arguição de Descumprimento de Preceito Federal, antes em aberto, e ampliou ainda mais o âmbito do controle concentrado, passando a abranger também o direito pré-constitucional, as normas revogadas e o direito municipal, questões antes não contempladas nas outras ações de controle abstrato.¹³

Com o fortalecimento do judiciário e o poder atribuído a ele para decidir questões constitucionais, os tribunais constitucionais têm se consolidado como atores centrais nas democracias latino-americanas, tendo emergido com papel renovado e com escopo ampliado e tendo sido demandados a responder a questões sociais, políticas e econômicas.¹⁴ Essa escolha

¹⁰ Nos termos do art. 103 da Constituição de 1988, dispõem de legitimidade para propor a ação de inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de uma Assembleia Legislativa, o Governador do Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 12. ed. rev. e atual., e-book, pp. 1003-1004

¹² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, pp. 1005-1006.

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, pp. 1008-1009.

¹⁴ HELMKE, Gretchen; RIOS-FIGUEROA, Julio. *Introduction: Courts in Latin America*. In: HELMKE, Gretchen; RIOS-FIGUEROA, Julio (Eds.) *Courts in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 1-26, 2011. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/283018009_Introduction_Courts_in_Latin_America>. Acesso em 25 set. 2019.

dos países latino-americanos por sistemas amplos de controle de constitucionalidade, que abarcam diversos instrumentos, talvez tenha sido uma maneira de responder e de reagir ao passado recente de experiência com autoritarismo em que o controle de constitucionalidade era limitado e não conseguia balancear os poderes institucionais.¹⁵

Nesse sentido, constata-se que a fragmentação na concentração de poderes pelo legislativo e executivo, isto é, quando o governo está dividido, não havendo uma única base política que controle as duas casas do congresso e a presidência da república, é um dos aspectos que tem proporcionado a ampliação de poder do judiciário, especialmente dos tribunais constitucionais.¹⁶ Isso porque, havendo problemas de coordenação entre o legislativo e o executivo, chega-se a impasses políticos e não se consegue implementar políticas públicas, assim a sociedade passa a demandar do judiciário a elaboração de políticas e a resolução de conflitos.¹⁷ Além disso, com essa fragmentação, é mais provável que os tribunais julguem contra os interesses do governo, pois será mais difícil que esses outros poderes se coordenem para reagir a uma decisão judicial desfavorável aos seus interesses.¹⁸

No Brasil, observa-se cada vez mais a consolidação e consequente maior acionamento do judiciário, sobretudo do STF, como legítimo para decidir sobre questões diversas atinentes a, por exemplo, eleições, a direitos humanos e a políticas públicas, imiscuindo-se em questões políticas e sociais que geralmente seriam relativas ao legislativo ou ao executivo. Há uma espécie de transferência da tomada de decisões do legislativo ou da administração pública para os tribunais, operando-se uma judicialização da política.¹⁹

Nesse sentido, recentemente a via constitucional solidificou-se como importante esfera de promoção de mudança sociocultural e de estabelecimento de um patamar civilizatório de direitos humanos. Assim, nas últimas décadas, o judiciário, com especial destaque ao Supremo

¹⁵ NAVIA, Patricio; RÍOS-FIGUEROA, Julio. *Op. cit.*, 2005.

¹⁶ RÍOS-FIGUEROA, Julio. *Op. cit.*, 2007.

¹⁷ RÍOS-FIGUEROA, Julio. *Op. cit.*, 2007.

¹⁸ RÍOS-FIGUEROA, Julio. *Op. cit.*, 2007.

¹⁹ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. *Op. cit.*, 1995, p. 13-15 e 33.

Tribunal Federal, tem se consolidado como importante campo de *advocacy*²⁰ para os direitos humanos e sociais.²¹

Frisa-se, no entanto, que este não é um processo linear, sendo marcado por constantes avanços e retrocessos. No caso dos direitos liberais, são verificados alguns progressos²², mas, no caso de direitos trabalhistas e das garantias penais, já se observou nova onda de flexibilização²³, na qual se insere precisamente o objeto deste estudo.

1.2 A constitucionalização do direito processual penal no Brasil e o princípio da presunção de inocência

O Código Penal e o Código de Processo Penal brasileiros foram concebidos em 1940 e 1941, respectivamente, ambos no contexto político do Estado Novo, governo ditatorial de Getúlio Vargas, trazendo normas duras para o réu com o objetivo de fortalecer a ação repressiva do Estado.²⁴ Especificamente sobre privação de liberdade, o CPP de 1941, em sua redação original, trazia algumas hipóteses de prisão antes de findo o julgamento de uma ação penal, quais sejam, as prisões em flagrante, preventiva, após sentença condenatória de primeira

²⁰ *Advocacy* se refere ao ato de advogar não só no sentido de atividades jurídicas, mas – “*defender e argumentar em favor de uma causa, uma demanda ou uma posição. Isso porque advocacy tem um significado mais amplo, denotando iniciativas de incidência ou pressão política, de promoção e defesa de uma causa e/ou interesse, e de articulações mobilizadas por organizações da sociedade civil com o objetivo de dar maior visibilidade a determinadas temáticas ou questões no debate público e influenciar políticas visando à transformação da sociedade.*” (LIBARDONI, Marlene. *Fundamentos teóricos e visão estratégica da advocacy*. Revista Estudos Feministas, CFH/CCE/UFSC, v. 8, n. 2, p. 167-169, 2000)

²¹ COUSO, Javier. *The Changing Role of Law and Courts in Latin America: From an Obstacle to Social Change to a Tool of Social Equity*. In: Gargarella, Roberto; Domingo, Pilar; Roux, Theunis. *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, p. 61-79, 2006.

²² O reconhecimento da união homoafetiva como família nas ADPF 132 e ADI 4277 e o reconhecimento da socioafetividade e da multiparentalidade no julgamento da tese de repercussão geral 622, por exemplo.

²³ Nessa esteira, destacam-se a admissão da execução antecipada da pena após a condenação em segunda instância no julgamento do HC 126.292 e da terceirização irrestrita de atividade-fim no julgamento da ADPF 324 e do RE 958.252, ambos no Supremo Tribunal Federal.

²⁴ A exposição de motivos do então Ministro da Justiça Francisco Campos evidencia esse objetivo: “*II – De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código.*” (BRASIL. *Exposição de motivos do Código de Processo Penal*. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Francisco Campos, Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 8 de setembro de 1941. Disponível em <http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf>. Acesso em 26 fev. 2020)

instância e após a decisão de pronúncia para o Júri. Destaca-se que essas duas últimas eram automáticas.²⁵

Somente em 1973 essas normas foram alteradas, com a Lei nº 5.941/1973, que trouxe a possibilidade de que o réu aguardasse seu julgamento em liberdade, desde que fosse primário e de bons antecedentes.

Curiosamente, essa alteração também se deu em um cenário ditatorial, durante o regime militar de Médici. Assim, apesar de representar um grande avanço, a lei não foi introduzida por causa da luta pelos direitos e garantias penais dos cidadãos, mas, conforme indicam resgates históricos, foi criada abruptamente com o objetivo de impedir que o delegado Sérgio Paranhos Fleury²⁶, do Departamento de Ordem Política e Social (Dops) paulista, fosse preso por seu envolvimento nas execuções do Esquadrão da Morte, tendo inclusive ficado conhecida como Lei Fleury.²⁷

A tensão e disputa entre visões punitivistas e garantistas na política criminal é constante, havendo momentos de prevalência de uma perspectiva e, em seguida, ressurgimento da outra. Ao longo do período ditatorial imperou a visão punitivista de exaltação à repressão do Estado, não obstante, durante o fim dos anos 60, já eram observadas reivindicações relativas à interrupção do regime autoritário e já haviam surgido diversos movimentos acadêmicos e científicos visando reduzir as hipóteses da pena privativa de liberdade, mas essa visão só começou a ganhar força uma década depois.²⁸

Quanto ao Direito no regime militar brasileiro, verifica-se que, apesar de ser período de autoritarismo, sempre houve uma preocupação com a elaboração de normas jurídicas para tentar legitimar as medidas de exceção, com a elaboração da Constituição de 1967 e a edição de 17 Atos Institucionais entre 1964 e 1969.²⁹

²⁵ ZAPATER, Maíra. A execução antecipada da pena: o antigo problema em “novo” debate. In: Justificando. São Paulo, 04 mai. 2018. Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/05/04/a-execucao-antecipada-da-pena-o-antigo-problema-em-novo-debate/#_ftn9>. Acesso em: 22 jul. 2019.

²⁶ Sérgio Paranhos Fleury atuou como delegado do Dops a partir de 1968, sendo considerado um dos mais relevantes agentes de repressão política do período militar, conhecido pela truculência e crueldade, foi acusado de chefiar o Esquadrão da Morte, grupo de extermínio que atuava na periferia de São Paulo entre as décadas de 1960 e 1970.

²⁷ ALONSO JR., Antônio et. al. Nova Lei Penal salva o delegado Fleury: Avanço na legislação é aprovado a tempo de livrar torturador da cadeia. Memorial da democracia. Disponível em: <<http://memorialdademocracia.com.br/card/nova-lei-penal-salva-o-delegado-fleury>>. Acesso em 02 nov. 2019.

²⁸ DOTTI, René Ariel. *A reforma do sistema de penas - antigos e novos desafios 20 anos depois*. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM: Editorial, Boletim - 140 - Julho Esp. / 2004. Disponível em <https://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/169-140---Julho-Esp.---2004>. Acesso em 25 fev. 2020.

²⁹ PAIXÃO, Cristiano. *Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988*. Araucaria, Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades, año 13, nº 26, Segundo semestre de 2011, p. 158. Disponível em:

Na década de 70, por sua vez, manifestações por liberdade e democracia surgiram em algumas cidades e emergiram greves em vários setores da economia, as quais foram essenciais para modificar o contexto político da época.³⁰

Em 1977, foi aprovada a Lei nº 6.417, que introduziu importantes alterações no sistema das penas e medidas de segurança, já indicando o início da transformação dessa perspectiva punitivista vigente na ditadura, que mais tarde culminaria na reforma da legislação penal em 1984.³¹ Algumas das inovações foram a previsão do “benefício do trabalho externo” em favor das mulheres condenadas e a flexibilização no processo executório com a instituição dos regimes fechado, semi-aberto e aberto. Apesar desses avanços, essa lei não foi, em geral, aplicada pelos sistemas penitenciários no País, uma vez que se reservou à legislação local a regulamentação de aspectos importantes da execução penal.³²

Pouco tempo depois, com os movimentos opositores ganhando força, a cúpula do regime militar, verificando seu sufocamento, optou por realizar uma abertura gradual à democracia, buscando controlar essa transição, mas não demorou muito para que esse processo fugisse ao controle das lideranças militares.³³

No fim de 1978, foi revogado o Ato Institucional 5 e, em agosto de 1979, veio a lei de anistia (nº 6.683) que significou o retorno de lideranças exiladas, mas priorizou o esquecimento, dificultando o processo de resgate da memória e responsabilização anos depois.³⁴ No mesmo ano, também houve o fim do bipartidarismo com a Lei Orgânica dos Partido Políticos (nº 6767/79).

O período ditatorial então já se encaminhava para o seu fim e já era sinalizada pela comunidade jurídica a necessidade de uma ampla modernização das normas penais e processuais penais. Assim, em 1980, foi instituída uma comissão, sob a coordenação do jurista Francisco de Assis Toledo, encarregada de estudar e construir a reforma penal. Definiu-se então o quadro de uma grande reforma a ser realizada em duas fases: primeiramente a parte geral do Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execuções Penais; depois a parte especial do Código Penal e a Lei de Contravenções Penais.³⁵

<<http://institucional.us.es/revistas/Araucaria/A%C3%B1o%2013%20N%C2%BA%2026%202011/Direito.pdf>>. Acesso em 26 fev. 2020.

³⁰ PAIXÃO, Cristiano. *Op. cit.*, 2011, pp. 159-160.

³¹ DOTTI, René Ariel. *Op. cit.*, 2004.

³² DOTTI, René Ariel. *Op. cit.*, 2004.

³³ PAIXÃO, Cristiano. *Op. cit.*, 2011, p. 160.

³⁴ PAIXÃO, Cristiano. *Op. cit.*, 2011, p. 160.

³⁵ AZEVÊDO, Jackson Chaves de. Capítulo II: A reforma de 1984, uma ilusão... In: *Reforma e contra-reforma penal (1984-1996): uma ilusão ... que sobrevive*. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, 1997, p. 55.

No ano seguinte, a reforma penal foi objeto de debates intensos em todo o País e, em 1982, as comissões apresentaram seus projetos, que resultaram então na aprovação das Leis nº 7.209, que alterou a parte geral do Código Penal, e nº 7.210, que instituiu a Lei de Execuções Penais, ambas de 1984.³⁶ O anteprojeto do Código de Processo Penal, por sua vez, continuou tramitando por longo período e a segunda fase da reforma também não chegou a ser concluída.

As novas leis vieram com o objetivo de humanizar o Direito Penal e instituir princípios alinhados com um Estado de Direito e com o respeito à dignidade humana. Depreende-se da exposição de motivos dessas leis esse objetivo; dentre as inovações, o novo Código Penal avançou nas penas alternativas à prisão³⁷ e a Lei de Execução Penal, por sua vez, consagrou o respeito aos direitos do preso³⁸. A reforma penal de 1984, como ficou conhecida, revela uma transformação do pensamento político e social pendendo para a visão garantista, sendo então essa perspectiva não só defendida por juristas esparsos, mas encampada pelo legislativo.

A nova parte geral do Código Penal foi orientada pelas seguintes coordenadas: o princípio da intervenção mínima, as alternativas à prisão, a culpabilidade como fundamento e

³⁶ AZEVÊDO, Jackson Chaves de. *Op. cit.*, 1997, p. 56.

³⁷ “26. Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta, filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinquentes sem periculosidade ou crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa da liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade. (...)”

29. Com o ambivalente propósito de aperfeiçoar a pena de prisão, quando necessária, e de substituí-la, quando aconselhável, por formas diversas de sanção criminal, dotadas de eficiente poder corretivo, adotou o Projeto novo elenco de penas. Fê-lo, contudo, de maneira cautelosa, como convém a toda experiência pioneira nesta área. Por esta razão, o projeto situa as novas penas na faixa ora reservada ao instituto da suspensão condicional da pena, com significativa ampliação para os crimes culposos. (BRASIL. Exposição de motivos n. 211, de 9 de maio de 1983. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Ibrahim Abi-Ackel, Ministério da Justiça, 9 de maio de 1983. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-exposicaodemotivos-148879-pl.html>>. Acesso em 26 fev. 2020)

³⁸ “19. O princípio da legalidade domina o corpo e o espírito do Projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal.

20. É comum, no cumprimento das penas privativas da liberdade, a privação ou a limitação de direitos inerentes ao patrimônio jurídico do homem e não alcançados pela sentença condenatória. Essa hipertrofia da punição não só viola a medida da proporcionalidade como se transforma em poderoso fator de reincidência, pela formação de focos criminógenos que propicia.

21. O Projeto torna obrigatória a extensão, a toda a comunidade carcerária, de direitos sociais, econômicos e culturais de que ora se beneficia uma restrita percentagem da população penitenciária, tais como segurança social, saúde, trabalho remunerado sob regime previdenciário, ensino e desportos.

22. Como reconhece Hilde Kaufman “la ejecución penal humanizada no solo no pone en peligro la seguridad y el orden estatal, sino todo lo contrario. Mientras la ejecución penal humanizada es un apoyo del orden y la seguridad estatal, una ejecución penal deshumanizada atenta precisamente contra la seguridad estatal” (“Principios para la Reforma de la Ejecución Penal”, Buenos Aires, 1977, pág. 55).

23. Com a declaração de que não haverá nenhuma distinção de natureza racial, social, religiosa ou política, o Projeto contempla o princípio da isonomia, comum à nossa tradição jurídica.” (BRASIL. Exposição de motivos n. 213, de 9 de maio de 1983. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Ibrahim Abi-Ackel, Ministério da Justiça, 9 de maio de 1983. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>>. Acesso em 26 fev. 2020)

limite da pena, a individualização da pena, os novos limites da pena de multa e a concepção da pena como processo de diálogo entre o Estado, o réu e a comunidade.³⁹

A ditadura militar então se finda no ano seguinte, com a eleição de Tancredo Neves⁴⁰ em 15 de janeiro em 1985. Essa eleição ainda não foi direta por voto popular, apesar do grande movimento das Diretas Já⁴¹, mas “*com a liberação do potencial de reivindicação e participação reprimido havia décadas, o terreno para a elaboração de uma nova Constituição estava suficientemente preparado*”⁴².

Assim, com marcante atuação de movimentos sindicais e da OAB, convocou-se em 1987 a Assembleia Nacional Constituinte. Destaca-se aqui a forte relação entre o Direito e a política, tendo as modificações nos regimes políticos brasileiros, em geral, sido acompanhadas de processos de elaboração constitucional.⁴³

Abre-se nesse momento um parêntese apenas para explicitar que foi traçado aqui um breve contexto histórico que permeou as alterações legislativas penais e a reconstrução democrática no Brasil, mas o processo histórico é mais complexo. Esse não será mais aprofundado, no entanto, pois não se faz necessário para o escopo e objetivo do trabalho.

Com o advento da CRFB/88, emergiu um novo paradigma, de Estado Democrático de Direito. Frisa-se que a constituinte, entretanto, apenas traduziu para o Direito, um movimento de ruptura e transformação já iniciado, consolidando-o. A Constituinte contou com uma forte mobilização da sociedade civil e o texto foi produzido em um processo aberto e descentralizado que resultou na promulgação de uma Constituição voltada aos direitos fundamentais.⁴⁴

As garantias processuais penais foram constitucionalizadas, ganhando espaço na Constituição e adquirindo assim *status* de direito individual fundamental, com a função de

³⁹ DOTTI, René Ariel. *Op. cit.*, 2004.

⁴⁰ Tancredo foi internado em 14 de março de 1985, um dia antes da posse, e não chegou a assumir o cargo, tendo falecido em 21 de abril do mesmo ano. José Sarney então assumiu a presidência.

⁴¹ Diretas Já foi um movimento civil de reivindicação por eleições presidenciais diretas no Brasil que tomou forma entre 1983 e 1984. “*A partir da apresentação, na Câmara dos Deputados, de uma emenda constitucional redigida por um representante até então inteiramente desconhecido (Dante de Oliveira), foi ganhando fôlego a ideia de que o Presidente da República que sucederia o último mandatário do regime militar deveria ser eleito pelo voto popular, em sufrágio democrático e livre. Após a realização de maciços comícios, marcados pela expressiva participação de setores da sociedade, a Emenda Dante de Oliveira foi rejeitada em primeiro turno de votação na Câmara dos Deputados. A Câmara eleita em 1982, ainda com muitos representantes ligados ou cooptados pelo regime militar, não conseguiu alcançar o grau de amadurecimento que o momento exigia. A transição teria que ocorrer pela via indireta.*” (PAIXÃO, Cristiano. *Op. cit.*, 2011, p. 160)

⁴² PAIXÃO, Cristiano. *Op. cit.*, 2011, p. 162.

⁴³ PAIXÃO, Cristiano. *Op. cit.*, 2011, p. 147.

⁴⁴ “*É isso precisamente o que pode explicar o paradoxo de que uma das legislaturas mais conservadoras já eleitas (contando inclusive com a participação, na constituinte, de senadores não eleitos para tanto) tenha vindo a “elaborar” a Constituição mais progressista de nossa história.*” (PAIXÃO, Cristiano. *Op. cit.*, 2011, p. 165)

proteger a liberdade e a dignidade do cidadão em face do direito de punir do Estado. Várias dessas garantias foram inseridas já no artigo 5º da CRFB.

A constituinte seguiu então, no campo penal, as mesmas balizas e princípios já expressos ou tangenciados na reforma de 1984,⁴⁵ aderindo à visão garantista que predominava na discussão penal naquele momento.

No caso da execução da pena, tem-se que a Constituição cidadã consolidou a liberdade de ir e vir como um direito fundamental, em geral, sempre protegido, mas podendo sofrer excepcionalmente, em *ultima ratio*, algumas restrições, como é o caso do sujeito que pratica crime e, após o devido processo legal, pode ser privado de sua liberdade em certas condições e por determinados prazos, conforme estabelece a lei.

Construída após a ditadura militar, a Constituição trouxe, em grande parte, direitos que se contrapuseram aos abusos e às violações ocorridas naquele período. Assim, o princípio da presunção de inocência, estabelecido expressamente no art. 5º, LVII, da CRFB, vem, nesse contexto, como garantia que se contrapõe ao período anterior de ditadura, no qual as pessoas eram presas sem justificativa ou qualquer forma de processo legal⁴⁶, verificando-se a necessidade de incorporação desse princípio.

Ressalta-se, no entanto, que, mundo afora, o princípio da presunção de inocência já vinha sendo positivado desde a Revolução Francesa, quando foi expresso no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)⁴⁷, mas, apesar do início de seu reconhecimento e sua positivação, esse não era plenamente observado. Foi somente com o fim

⁴⁵ PONTE, Antonio Carlos da; FELICIO, Guilherme Lopes. *O direito penal a partir de um estado democrático de direito: o legado da reforma penal brasileira de 1984 para a Constituição Federal de 1988*. Lex Magister, ISSN-1981-1489.

Disponível em:

<https://lex.com.br/doutrina_27676469_O_DIREITO_PENAL_A_PARTIR_DE_UM_ESTADO_DEMOCRATICO_DE_DIREITO_O_LEGADO_DA_REFORMA_PENAL_BRASILEIRA_DE_1984_PARA_A_CONSTITUICA_O_FEDERAL_DE_1988.aspx>. Acesso em 25 fev. 2020.

⁴⁶ Segundo o Relatório da Comissão Nacional da Verdade, “a maioria significativa das detenções promovidas pelos agentes da repressão deu-se de forma ilegal, contrariando a própria legislação nacional vigente à época. Basta lembrar que eram realizadas no Brasil, em regra, sem expedição de mandado de prisão – como determinavam tanto o Código de Processo Penal, de 1941, como o Código de Processo Penal Militar, de 1969. Além de ilegais, as detenções promovidas pelo regime militar foram, em regra, arbitrárias. Fazer parte de uma associação política, participar de passeata ou greve eram considerados efeitos suficientes para a imputação de conduta subversiva e realização da prisão. Diante da convergência da ilegalidade e arbitrariedade, quando se examinam as detenções promovidas pela ditadura, este Relatório optou por fazer referência indistintamente a detenções ilegais e arbitrárias. São também identificados casos emblemáticos de prisões em massa – como aquelas verificadas logo nos primeiros dias subsequentes ao golpe militar de 1964 ou como a prisão de mais de 700 estudantes no Congresso da União Nacional dos Estudantes (UNE) realizado em Ibiúna (SP) em 1968. Documentos e depoimentos demonstram que, no caso brasileiro, as detenções ilegais e arbitrárias foram conduzidas de forma generalizada e sistemática contra a população civil, caracterizando para a CNV a prática de crime contra a humanidade.” BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório*. Brasília: CNV, 2014, vol.2 p. 283.

⁴⁷ Artigo 9º - Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei.

da Segunda Guerra Mundial e a criação da Organização das Nações Unidas que esse princípio passou a se consolidar internacionalmente, tendo sido inserido na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), proclamada pela Assembleia Geral da ONU, em seu artigo 11.⁴⁸

Ainda antes de ser consagrado na Constituição de 1988, o princípio da presunção de inocência foi previsto também no Pacto de São José da Costa Rica ou Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) em seu artigo 8º⁴⁹. O Brasil, entretanto, só aderiu à Convenção em novembro de 1992, já pós-constituição, por meio da publicação do Decreto nº 678.

É, portanto, com a Constituição Federal de 1988 que o princípio da presunção de inocência foi positivado no ordenamento jurídico brasileiro pela primeira vez. Como já mencionado, essa norma e garantia fundamental está explícita no art. 5º, inciso LVII, da CRFB, que assim declarou: *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*.

Importante notar que, diferentemente das regras até então positivadas nos citados instrumentos de direito internacional, as quais são menos específicas, o dispositivo constitucional brasileiro determinou um marco final para a presunção de inocência, consolidando-o no trânsito em julgado da condenação.⁵⁰

Apesar do estabelecimento da presunção de inocência na Constituição, com menção explícita ao trânsito em julgado, seguiram-se diferentes interpretações e aplicações desse princípio, sendo esses entendimentos disputados até hoje, conforme veremos a seguir.

1.3 A trajetória dos entendimentos do STF a respeito da execução antecipada da pena

A despeito da constitucionalização da garantia de presunção de inocência, como visto, o antigo Código de Processo Penal (1941) tinha sido construído sob um paradigma de antecipação de culpabilidade e não chegou a ser reformado em 1984, admitindo, nos seus

⁴⁸ Artigo 11 - Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.

⁴⁹ Artigo 8. Garantias judiciais (...) 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. (...)

⁵⁰ BEZERRA, Milena Gomes. *A tendência de interpretação neoconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal sobre a execução antecipada da pena e sua análise sob o prisma da teoria de Ronald Dworkin*. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em direito) - UnB. Brasília, p. 69, 2018.

artigos 408 e 594⁵¹, a execução provisória de pena com a prisão imediata após sentença condenatória.

Assim, na prática, mesmo com o advento da CRFB/88, permaneceu a mesma interpretação jurídica que era adotada antes da promulgação da Constituição. Entendia-se jurisprudencialmente, com base nos arts. 594 e 637⁵² do CPP e no art. 27, §2º, da Lei nº 8.038 de 1990⁵³, que a aplicação do princípio da presunção de inocência não se estendia ao acusado quando estivesse em tramitação apenas recursos de natureza extraordinária, pois estes não são dotados de efeito suspensivo⁵⁴.

Nesse contexto, os operadores do Direito atuantes na defesa de pessoas presas passaram a impetrar *habeas corpus* para tentar construir uma jurisprudência que autorizasse a aplicação dos benefícios da execução ao preso provisório. Nesse sentido, foram editadas pelo STF, na

⁵¹ Art. 408. Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciá-lo-á, dando os motivos do seu convencimento.

§ 1º Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, mandará lançar-lhe o nome no rol dos culpados, recomendá-lo-á na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para sua captura.

§ 2º Se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, já se encontrar preso. (...)

Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.

⁵² Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

⁵³ Art. 27 - Recebida a petição pela Secretaria do Tribunal e aí protocolada, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista pelo prazo de quinze dias para apresentar contra-razões. (Revogado pela Lei nº 13.105, de 2015) (...)

§ 2º - Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo.

⁵⁴ Nesse sentido são os HC nº 68.726 e HC 72.366 do Supremo Tribunal Federal. Vejam-se as ementas:

Habeas corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei nº 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, esgotadas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas corpus indeferido. (HC 68726, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 28/06/1991, DJ 20-11-1992 PP-21612 EMENT VOL-01685-01 PP-00209)

Habeas Corpus. 2. Condenado reincidente. Prisão resultante da sentença condenatória. Aplicabilidade do art. 594, do Código de Processo Penal. 3. Os maus antecedentes do réu, ora paciente, foram reconhecidos, na sentença condenatória, e, também, outros aspectos da sua personalidade violenta. 4. Código de Processo Penal, art. 594: norma recepcionada pelo regime constitucional de 1988. Ora, se este artigo é válido, o benefício que dele decorre, de poder apelar em liberdade, há de ficar condicionado à satisfação dos requisitos ali postos, isto é, o réu deve ter bons antecedentes e ser primário. 5. Habeas Corpus denegado e cassada a medida liminar. (HC 72366, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 13/09/1995, DJ 26-11-1999 PP-00084 EMENT VOL-01973-01 PP-00154)

sessão plenária de 24.09.2003, as súmulas 716⁵⁵ e 717⁵⁶ e os penalistas passaram a alegar também a não recepção dos artigos 408 e 594 do CPP pela Constituição de 1988 por ferirem o princípio da presunção de inocência.⁵⁷

Além disso, várias propostas de alteração e reformulação do CPP surgiram e tramitaram no legislativo. Somente em 2008, vinte anos após a promulgação da Constituição, todavia, é que foi realizada uma reforma do processo penal, com a aprovação das Leis nº 11.719/08 - que alterou a forma de processamento dos crimes comuns -, nº 11.690/08 - que alterou a forma de produção de provas -, e nº 11.689/08 - que alterou a forma de processamento dos crimes dolosos contra a vida -, com vistas a, minimamente, adequar esses procedimentos aos princípios constitucionais e às garantias fundamentais.

Destaca-se que a reforma do Código de Processo Penal já era proposta desde a comissão de 1980 anteriormente mencionada. Além disso, os projetos de Lei que foram aprovados em 2008 haviam sido entregues e tramitavam no legislativo desde 2001, mas só foram recolocados em pauta quando acontecimentos públicos geraram pressão pela realização de uma reforma processual penal. Os casos João Hélio⁵⁸ e Isabella Nardoni⁵⁹ foram os principais eventos que causaram comoção social nesta época e impulsionaram a votação.⁶⁰

Dando continuidade a essa transformação e a adequação do processo penal, em 05 de fevereiro de 2009, no julgamento do HC nº 84.078, de relatoria do então ministro Eros Grau, entendeu o Supremo Tribunal Federal, por maioria, pela inconstitucionalidade da execução antecipada da pena, por violação ao princípio da presunção de inocência.⁶¹ Esse *habeas corpus*

⁵⁵ Súmula 716 - Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. [Data de publicação do enunciado: DJ de 13-10-2003]

⁵⁶ Súmula 717 - Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial. [Data de publicação do enunciado: DJ de 13-10-2003]

⁵⁷ ZAPATER, Maíra. *A execução antecipada da pena: o antigo problema em “novo” debate*. In: Justificando. São Paulo, 04 mai. 2018. Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/05/04/a-execucao-antecipada-da-pena-o-antigo-problema-em-novo-debate/#_ftn9>. Acesso em: 22 jul. 2019.

⁵⁸ João Hélio tinha 6 anos de idade quando o carro em que ele estava com a mãe foi assaltado, e o menino, que ficou preso ao cinto de segurança, foi arrastado pelo lado de fora do veículo, o crime ocorreu em 7 de fevereiro de 2007, após esse momento de repercussão os projetos foram pautados.

⁵⁹ Isabella Nardoni tinha 5 anos de idade quando foi defenestrada do sexto andar de um condomínio de luxo em São Paulo por seu pai e sua madrasta, o crime ocorreu em 29 de março de 2008, a votação dos projetos de lei ocorreu logo após essa época.

⁶⁰ RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes; MACHADO, Igor Suzano; SILVA, Klarissa Almeida. A reforma processual penal de 2008 e a efetivação dos direitos humanos do acusado. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 677-702, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000200012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 23 out. 2019.

⁶¹ Confira-se trecho da ementa: “6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados — não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo

é o primeiro marco da mudança dos entendimentos acerca da execução antecipada da pena pelo STF, trajetória relatada aqui.

Tratava-se de HC impetrado em março de 2004 em favor do paciente Omar Coelho Vítor, que havia sido condenado por tentativa de homicídio duplamente qualificado à pena de sete anos e seis meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, mas com o direito de recorrer em liberdade. O remédio constitucional foi impetrado contra decisão do STJ, também em sede de HC, na qual se discutia a manutenção da prisão preventiva decretada pelo TJMG antes da admissão do Recurso Especial da defesa e após o julgamento da Apelação de sentença proferida pelo Tribunal do Júri da Comarca de Passos/MG.

O caso começou a ser julgado na Segunda Turma do STF, no entanto, a despeito de o próprio impetrante alegar que a questão a ser analisada eram os fundamentos e requisitos da prisão preventiva determinada pelo tribunal de origem, a Turma decidiu conceder a liminar para sustar os efeitos do decreto de prisão preventiva e entendeu que havia matéria de fundo relevante, qual seja, a questão do encarceramento após o julgamento em segunda instância, motivo pelo qual estabeleceu que deveria ser levada ao Plenário.⁶²

Assim, o Plenário iniciou o julgamento em abril de 2008, oportunidade em que o ministro Menezes Direito logo pediu vista. Retornado o julgamento em 2009, o pleno decidiu pela concessão da ordem de *habeas corpus*, por maioria, nos termos do voto do relator ministro Eros Grau, que foi acompanhado por Carlos Britto, César Peluso, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que apontaram ofensa aos art. 5º, inciso LVII, e art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Gilmar Mendes trouxe ainda alguns dados empíricos a reforçar sua posição, especialmente acerca do elevado número de presos no Brasil, principalmente presos preventivos, e do número de concessões de *habeas corpus* nos tribunais superiores.

Ficaram vencidos os ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, que sustentaram que o esgotamento da matéria penal de fato se dá nas instâncias ordinárias e que os recursos encaminhados ao STJ e STF não têm efeito suspensivo, de modo que as decisões tomadas em segunda instância deveriam ser cumpridas de imediato, não

amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. (...) 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.”

⁶²BORGES, Lucca Bernardo. *Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44: uma análise sobre o princípio da presunção da não culpabilidade*. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em direito) - UnB. Brasília, p. 61, 2016.

podendo se transformar os tribunais superiores em uma terceira instância. Ademais, trouxeram que o Pacto de San José da Costa Rica não assegura direito irrestrito de recorrer em liberdade. Joaquim Barbosa falou ainda da ineficiência do sistema penal brasileiro e da existência de incontáveis vias recursais no Brasil, as quais seriam mais amplas que nos outros países.⁶³

Após essa alteração de entendimento do STF, a execução provisória passou a não ser admitida nos tribunais e essa perspectiva ganhou força no Congresso, promovendo-se alteração legislativa em 2011 a acompanhar esse avanço jurisprudencial. A redação do art. 283 do CPP⁶⁴ foi modificada por meio da Lei nº 12.403/11, consignando-se que “*Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva*”.

Esse entendimento perdurou até recentemente, quando a compreensão jurisprudencial passou novamente a se transmutar, culminando na surpreendente decisão de 17 de fevereiro de 2016, no julgamento do *habeas corpus* nº 126.292 pelo STF, o segundo marco dessa trajetória. Naquela oportunidade, o Tribunal revisou o entendimento do HC anteriormente mencionado e entendeu por admitir a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau.

O caso também se tratou de *habeas corpus* contra decisão do STJ que indeferiu o pedido liminar de HC impetrado naquele tribunal, no qual se demandava o recolhimento de mandado de prisão expedido pelo TJSP, que determinou a prisão após negar provimento ao recurso de Apelação da defesa. O paciente, Márcio Rodrigues Dantas, havia sido condenado pelo crime tipificado como roubo majorado à pena de reclusão de 5 anos e 4 meses, em regime inicial fechado, com o direito de recorrer em liberdade.

Novamente a Segunda Turma iniciou o julgamento e decidiu, por votação unânime, afetar o HC ao Plenário. O pleno então decidiu, por maioria - novamente por 7 votos a 4 -, pela denegação da ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do relator Teori Zavascki, que foi acompanhado pelos ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes.

Os argumentos principais da nova posição prevalecente foram semelhantes aos que já eram trazidos em 2009. Ressaltou-se que os recursos cabíveis da decisão de segundo grau, aos

⁶³ STF. Supremo garante a condenado o direito de recorrer em liberdade. Notícias STF, 05/02/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=102869>>. Acesso em 27 out. 2019.

⁶⁴ A redação antiga era “Art. 283 A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.”

tribunais superiores, não podem discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito, assim a própria formação da culpa na fixação da responsabilidade criminal do acusado já estaria de certa forma exaurida, justificando-se, então, a flexibilização do princípio constitucional da presunção de inocência. Destacaram, ainda, que, após entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45/2004, tornou-se obrigatória, para conhecimento do recurso extraordinário pelo Tribunal, a demonstração de repercussão geral, devendo-se comprovar que a questão constitucional transcende o interesse subjetivo da parte.⁶⁵

A Lei da Ficha Limpa, Lei Complementar nº 135/2010, foi ressaltada nos votos como exemplo a demonstrar que o princípio da presunção de inocência não é impeditivo para que o acórdão condenatório produza efeitos antes do trânsito em julgado, pois expressamente dispõe como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória proferida por órgão colegiado.⁶⁶ O ministro relator mencionou também o abuso do uso de Recursos Especiais e Extraordinários de forma protelatória para tentar alcançar a prescrição da pretensão punitiva.

Ficaram vencidos a ministra Rosa Weber e os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, que votaram pela concessão do *habeas corpus*, entendendo pela manutenção da jurisprudência do Tribunal - consolidada no HC nº 84.078 -, no sentido da impossibilidade de execução provisória da pena, exigindo-se o trânsito em julgado sob pena de se configurar violação ao princípio da presunção de inocência, consubstanciado no art. 5º, inciso LVII, da CRFB/88.

Insta salientar que, nesse julgamento, foi ultrapassado o óbice da Súmula nº 691 do STF⁶⁷, que veda o conhecimento de HC impetrado contra decisão liminar de tribunal superior. Essa era precisamente a situação do caso, pois, como visto, o HC nº 126.292/SP foi impetrado em face de liminar indeferida no STJ, no entanto os ministros afastaram a súmula por terem considerado a ação excepcional - quando na decisão impugnada se evidencia conclusão manifestamente ilegal. No caso a decisão contrariava frontalmente o precedente do HC nº

⁶⁵ O voto do relator consignou que “*Não custa insistir que os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo. Isso ficou mais uma vez evidenciado, no que se refere ao recurso extraordinário, com a edição da EC 45/2004, ao inserir como requisito de admissibilidade desse recurso a existência de repercussão geral da matéria a ser julgada, impondo ao recorrente, assim, o ônus de demonstrar a relevância jurídica, política, social ou econômica da questão controvertida.*” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 126.292/SP*. Relator: Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016. Data de Publicação no DJE 17/05/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 22 jul. 2019.)

⁶⁶ STF. Pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF. Notícias STF, 17/02/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>>. Acesso em 28 out. 2019.

⁶⁷ Súmula 691/STF: Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar.

84.078/MG, que havia consolidado a exigência de trânsito em julgado para início do cumprimento da pena.⁶⁸

Digno de nota é que, como podemos verificar, os casos paradigmas que deram origem às transformações de interpretação foram ambos *habeas corpus* afetados ao pleno, ou seja, ações de controle concreto que não deveriam ter efeito *erga omnes*, mas apenas *inter partes*, que foram afetados ao Plenário e assim ganharam essa relevância por iniciativa do próprio STF e não por provocação externa.

Relevante é também analisar a composição do Tribunal nos dois HCs já mencionados, pois, de 2009 para 2016, mais da metade da Corte foi renovada. Os ministros que haviam participado do primeiro julgamento, em geral, mantiveram os respectivos posicionamentos⁶⁹, com exceção de Gilmar Mendes, que, na primeira oportunidade, votou pela concessão da ordem no HC nº 84.078 para impedir a execução provisória da pena, mas, em 2016, mudou de posição, votando pela denegação da ordem no HC nº 126.292 para permitir a prisão após decisão em segunda instância.

Nesse diapasão, destaca-se também que esse julgamento de fevereiro de 2016 se deu em meio a momento político conturbado: houve a deflagração da Operação Lava-Jato⁷⁰ em 2014, e, em seguida, uma eleição muito polarizada no mesmo ano, que culminou num processo de *impeachment* da então presidente Dilma, iniciado em 2015 e concluído em 2016 alguns meses depois do julgamento.

Após a decisão do STF, debates intensos permearam o tema não só na comunidade jurídica, como na sociedade civil.

Cabe salientar que, inclusive, permaneceu certa dúvida para os operadores do Direito sobre a aplicação da execução provisória da pena, pois não ficou claro, no julgamento, se esta seria automática ou deveria ser analisada e fundamentada nos elementos do caso concreto que demonstrassem a necessidade da medida, a espelho da prisão preventiva. Fato é que os tribunais pátrios adotaram caminhos diversos, formando-se dissidência jurisprudencial: uma parte

⁶⁸ BEZERRA, Milena Gomes. *A tendência de interpretação neoconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal sobre a execução antecipada da pena e sua análise sob o prisma da teoria de Ronald Dworkin*. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em direito) - UnB. Brasília, p. 69, 2018.

⁶⁹ Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski foram favoráveis aos *habeas corpus* nas duas oportunidades, sendo contrários à execução antecipada da pena inclusive em todos os outros julgamentos que se seguiram a esse respeito. Carmen Lúcia também participou de ambos os julgamentos e manteve posição contrária aos HCs, sendo a favor da possibilidade de execução provisória da pena.

⁷⁰ A Operação Lava-jato é um conjunto de investigações em andamento pela Polícia Federal brasileira a respeito de crimes de corrupção e lavagem de dinheiro no governo e nas empresas públicas. Essa operação tem grande repercussão midiática e envolve muitos políticos conhecidos do público.

considerável dos tribunais passou a aplicar a execução antecipada como regra automática⁷¹, outra parte aplicou somente a alguns casos, e houve turmas que não aplicaram esse entendimento. Ressalta-se também que o próprio STF reformou algumas prisões decretadas sob o fundamento da execução provisória após o precedente de 2016⁷².

Nesse sentido, os próprios ministros do STF chegaram a expressar, nos julgamentos posteriores sobre o tema - que serão relatados a seguir -, entendimentos diferentes sobre a automaticidade da prisão após decisão condenatória de segunda instância. Fachin afirmou que esta não necessita de fundamentação específica⁷³, já Lewandowski⁷⁴ e Gilmar Mendes⁷⁵ apontaram que os tribunais estariam aplicando o precedente de forma errônea ao decretar a prisão automaticamente.

Feito esse esclarecimento, continuando a trajetória, tem-se que, com a mobilização em torno da matéria, foram propostas, em 18 e 19 de maio do mesmo ano de 2016, as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, pelo Partido Ecológico Nacional (PEN) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), respectivamente. Nessas ações

⁷¹ O TRF4, por exemplo, editou, em Dezembro de 2016, a Súmula nº 122 com o seguinte enunciado: “Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário.”

⁷² Vejamos um exemplo: O ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal (STF), deferiu liminar no Habeas Corpus (HC) 147452 para suspender, até o trânsito em julgado da sentença, o início da execução provisória da pena imposta a um condenado. Segundo o decano, a decisão que determinou a execução antecipada foi tomada sem fundamentação válida e gerou situação mais gravosa ao condenado em recurso exclusivo da defesa. (...) No caso, o decano explicou que a decisão do STJ, ao determinar o início da execução provisória da condenação penal, limitou-se a mencionar precedente do STF sobre a matéria, sem, contudo, fundamentar, “de modo adequado e idôneo”, a ordem de prisão. Para o ministro, tal ato transgredir o inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, segundo o qual todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. (Notícias STF, 02/10/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=357751>> Acesso em 24 fev. 2020)

⁷³ Fachin destaca no julgamento do HC nº 152.752 que: “6. *No que se refere à ausência de motivação concreta da imposição da prisão, o que, em tese, poderia configurar ofensa ao art. 5º, LXI e art. 93, IX, CF, enfatizo que a necessidade de fundamentação da ordem escrita de autoridade judiciária deve ser compreendida à luz do momento processual em que inserida. Vale dizer, o implemento da execução provisória da pena, nos termos das decisões tomadas pelo Plenário, atua como desdobramento natural do esgotamento das instâncias ordinárias e do cabimento, em tese, tão somente de recursos despidos de automática eficácia suspensiva, de modo que, assim como ocorre na deflagração da execução definitiva, não se exige motivação particularizada.*” (p. 11 do voto)

⁷⁴ Lewandowski aponta já no julgamento das Medidas Cautelares das ADCs nº 43 e 44 que: “*Aliás, constata-se que, a partir do entendimento do STF, o qual, por julgamento majoritário, restringiu o princípio constitucional da presunção de inocência, prisões passaram a ser decretadas, após a prolação de decisões de segundo grau, de forma automática, na maior parte das vezes, como já afirmado, sem qualquer fundamentação idônea. Esse retrocesso jurisprudencial, de resto, como se viu, mereceu o repúdio praticamente unânime dos especialistas em direito penal e processual penal, em particular daqueles que militam na área acadêmica.*” (p. 11 do voto)

⁷⁵ Gilmar Mendes destaca também no julgamento do HC nº 152.752 que: “*Assinalo, pois, que a execução antecipada da pena de prisão, após julgamento em 2ª instância, na linha do quanto decidido por esta Corte, seria possível. Porém, essa possibilidade tem sido aplicada pelas instâncias inferiores automaticamente, para todos os casos e em qualquer situação, independentemente da natureza do crime, de sua gravidade ou do quantum da pena a ser cumprida. Nesse ponto, importante resgatar a linha de argumentação que desenvolvi no paradigmático HC 126.292, quando destaquei um importante precedente de relatoria do Ministro Eros Grau (HC 84.078), no qual o Ministro Cezar Peluso ressaltava a importância ou a possibilidade da prisão provisória a partir dessa decisão de primeiro ou de segundo grau, desde que presentes os requisitos de prisão preventiva.*” (p. 3 do voto)

se pretendia a declaração da constitucionalidade do artigo 283 do CPP, que, como visto, veda a prisão antes do trânsito em julgado. Agora sim o tema alcança ações de controle abstrato, com efeito vinculante.

A ADC nº 44 foi apensada ao processo da ADC nº 43, uma vez que tratam do mesmo dispositivo, e ambas foram distribuídas à relatoria do ministro Marco Aurélio. Havia pedido de medida cautelar nessas ações, no intuito de se suspender a execução antecipada em todos os casos assim decididos em segunda instância até o julgamento de mérito das ações.

Isso porque, utilizando o precedente do mencionado HC nº 126.292/SP, apesar de este não ser dotado de efeito vinculante, a prisão após decisão condenatória em segundo grau foi aplicada por um considerável número de tribunais.

Assim, ainda em 2016, o Plenário analisou esse pedido. O julgamento se iniciou em 1º de setembro, quando o relator Marco Aurélio deu seu voto pela concessão da cautelar pleiteada optando pela suspensão de todas as prisões decretadas em execução antecipada da pena até o julgamento de mérito das ações. Entendeu o ministro no sentido da constitucionalidade do artigo 283 do CPP que estaria alinhado ao princípio constitucional da presunção de inocência. Com a retomada do julgamento no dia 5 de outubro, entretanto, prevaleceu, por 6 votos a 5, o entendimento de que a norma constitucional não veda o início do cumprimento da pena após esgotadas as instâncias ordinárias.

A medida cautelar foi então indeferida nos termos da divergência iniciada pelo ministro Edson Fachin que foi acompanhado por Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia, que destacaram em seus argumentos a ineficiência do sistema penal e a cobrança social por justiça. Ficaram vencidos o relator Marco Aurélio, que foi acompanhado por Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Dias Toffoli; este último seguiu parcialmente o voto do relator, acolhendo sua posição subsidiária, no sentido de que a execução da pena fica suspensa com a pendência de Recurso Especial ao STJ, mas não de Recurso Extraordinário ao STF.

Pouco tempo depois, em 11 de novembro de 2016, foi fixado o Tema de Repercussão Geral nº 925 em julgamento do plenário virtual, no qual o Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão e reconheceu a existência de repercussão geral.⁷⁶ No mérito, por maioria, reafirmou-se a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencidos os ministros Celso

⁷⁶ Tema 925: “Possibilidade de a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, comprometer o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, inc. LVII, da Constituição da República.” Relator: Min. Teori Zavascki, *Leading Case*: ARE 964246

de Mello, Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Não se manifestou a ministra Rosa Weber.

Posteriormente, em 5 de abril de 2018, foi julgado o *habeas corpus* preventivo nº 152.752, cujo paciente era o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, motivo pelo qual houve grande mobilização da sociedade e da imprensa no julgamento. Tratava-se também de HC contra decisão do STJ, no qual a defesa pleiteava o impedimento da execução provisória da pena diante da confirmação pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região da condenação à pena de doze anos e um mês de reclusão pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro.

Naquela oportunidade, o STF, por maioria, denegou a ordem de *habeas corpus* e manteve o entendimento anterior de permissão da execução antecipada da pena, nos termos do voto do ministro relator Edson Fachin. O voto foi no sentido da ausência de ilegalidade, abusividade ou teratologia na decisão do Superior Tribunal de Justiça que aplicou ao caso a jurisprudência do STF no HC nº 126.292/SP. O ministro destacou em seu voto que é necessário respeitar o entendimento dos tribunais, até porque não havia ocorrido, até aquele momento, revisão da jurisprudência sobre a matéria em sede de controle abstrato. Assim, até que houvesse mudança do entendimento sobre a execução antecipada em ação com efeito vinculante - no julgamento de mérito das ADCs nº 43 e 44 -, não se poderia sustentar a existência de ilegalidade na decisão do STJ que negou o *habeas corpus* preventivo ao ex-presidente Lula.

Nesse julgamento, também computando 6 votos a 5, Fachin foi acompanhado por Roberto Barroso, Alexandre de Moraes⁷⁷, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Rosa Weber; essa última ressalvou sua posição pessoal - havia votado a favor da liminar nas ADCs nº 43 e 44 -, mas entendeu que não havia teratologia na decisão do STJ, uma vez que esse observou os precedentes do Supremo. A ministra destacou ainda a importância da previsibilidade e coerência das decisões do judiciário, além de que a ação adequada para rever esses posicionamentos deveria ser de controle concentrado abstrato. Rosa Weber utilizou também, em sua argumentação, o princípio da colegialidade, que consagra a decisão em conjunto em detrimento do juízo individual.

Ficaram vencidos os ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, que abriram divergência apenas parcial, concedendo o HC até decisão de REsp pelo STJ; e Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello que votaram pela concessão integral do *habeas corpus*, para que o paciente aguardasse em liberdade até o trânsito em julgado.

⁷⁷ Alexandre Moraes foi indicado ao STF pelo presidente Michel Temer e substituiu o ministro Teori Zavascki que foi vítima de acidente aéreo fatal em janeiro de 2017.

Após esse julgamento do HC nº 152.752, o ex-presidente Lula foi então preso, no dia 07 de abril de 2018, uma vez que sua condenação já havia sido confirmada no tribunal de segunda instância (TRF4). Com essa prisão, o tema ganhou ainda mais relevância na imprensa e no debate público.

Digno de nota que Gilmar Mendes adotou aqui terceiro posicionamento, diverso tanto daquele exarado no julgamento do primeiro HC nº 84.078, no qual votou pela impossibilidade de prisão após decisão condenatória em segunda instância, quanto do posicionamento no julgamento do HC nº 126.292 e das cautelares nas ADCs 43 e 44, nos quais, como já mencionado, votou com a maioria pela não concessão, entendendo pela possibilidade de execução antecipada da pena. Dessa vez, o ministro votou pela impossibilidade de início do cumprimento de pena até o julgamento de Recurso Especial no STJ. Destacou, para tanto, que o precedente anterior abriu a possibilidade, e não a obrigação, de execução antecipada da pena, que deveria ser excepcional. O ministro mencionou que, apesar disso, tem observado que os tribunais estão aplicando essa jurisprudência automaticamente, independente do crime ou da pena aplicada, e com isso tem verificado a segregação indevida de indivíduos, o que lhe fez mudar de posicionamento.

No dia 18 de abril de 2018, foi ainda ajuizada nova ADC sobre o mesmo tema. A ADC nº 54, proposta pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB), apesar de tratar do mesmo objeto das ADCs nº 43 e 44, cujas medidas cautelares foram indeferidas, alegou a existência de fato novo. Utilizando a brecha deixada por Gilmar Mendes em seu voto no julgamento dias antes, o PCdoB afirmou que estava ocorrendo a determinação de prisões com base na automaticidade das condenações em segundo grau, o que não teria sido permitido no precedente do STF, devendo-se analisar o caso concreto. Assim, foi requerida liminar para que todas essas prisões decorrentes de decisão automática a partir da condenação em segundo grau fossem revogadas até o julgamento de mérito da ação.

Em 19 de dezembro de 2018, o ministro relator Marco Aurélio, em decisão monocrática, deferiu a liminar pleiteada na ADC nº 54. O ministro argumentou que, embora a concessão de cautelar em ação de controle de constitucionalidade seja medida excepcional, a demora em apreciar o pedido de mérito das ADCs nº 43 e 44, que foram liberadas para pauta em abril de 2018 e tiveram julgamento marcado apenas para abril de 2019, constituía, no caso, circunstância a autorizar a excepcional atuação monocrática do relator. No mesmo dia, menos de uma hora depois de proferida a decisão do ministro Marco Aurélio, entretanto, o presidente do STF, ministro Dias Toffoli, a pedido da PGR, suspendeu a decisão do colega até que o Plenário analisasse o tema de maneira definitiva na data designada.

Assim, a ADC nº 54 acabou por ser também apensada às outras duas ADCs. Continuou-se, portanto, a tramitação das ADCs mencionadas, que passaram bom tempo sem previsão de julgamento, mas contaram com grande mobilização e pressão da sociedade, tendo havido inclusive quinze pedidos de ingresso como *amicus curiae*⁷⁸.

Mais recentemente, as ADCs foram pautadas e o julgamento se iniciou em 17 de outubro de 2019 com a leitura do relatório pelo ministro Marco Aurélio e as sustentações dos autores dos pedidos e dos *amici curiae* admitidos no processo. O julgamento prosseguiu no dia 23 com as manifestações da Procuradoria-Geral da República e da Advocacia-Geral da União. Em seguida, votaram o relator Marco Aurélio, pela constitucionalidade do dispositivo do CPP e, como consequência, pela suspensão da execução provisória de penas que tenham sido determinadas antes do trânsito em julgado; e os ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin e Roberto Barroso, pela improcedência da ação, considerando válida a execução antecipada da pena após decisão em segunda instância.

A sessão foi suspensa e retornou novamente, no dia 24, com os votos de Rosa Weber, que agora, em sede de controle concentrado abstrato, votou pela procedência da ação e impedimento de execução provisória da pena; Luiz Fux, que acompanhou a divergência entendendo pela possibilidade de prisão após condenação em segunda instância, e Ricardo Lewandowski, que acompanhou o relator, mantendo seu voto contra a execução antecipada da pena.

O julgamento foi encerrado no dia 07 de novembro, com os votos de Cármen Lúcia, que votou pela possibilidade de execução antecipada da pena; e Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli, que votaram pela necessidade de trânsito em julgado para início do cumprimento da pena. Assim, decidiu-se, por maioria - novamente 6 votos a 5 -, pela procedência das ADCs para declarar constitucional o art. 283 do CPP e impedir a execução provisória da pena, pois violadora do princípio constitucional da presunção de inocência.

Chama atenção a ausência de qualquer voto por posicionamentos intermediários no julgamento. Isso porque a possibilidade de execução da pena após decisão do Superior Tribunal de Justiça já tinha sido defendida por Dias Toffoli no julgamento das cautelares das ADCs em

⁷⁸ Associação dos Advogados de São Paulo - AASP; Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas - Abracrim; Colégio de presidentes dos institutos dos advogados do Brasil; Conectas Direitos Humanos; Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro; Defensoria Pública do Estado de São Paulo; Defensoria Pública da União; Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB; Instituto Ibero Americano de Direito Público - IADP; Instituto de Advocacia Racial e Ambiental - IARA; Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP; Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim; Instituto de Defesa do Direito de Defesa Márcio Thomaz Bastos - IDDD; Instituto de Garantias Penais - IGP e Instituto Autonomia - INAU.

2016 e por Toffoli e Gilmar Mendes no julgamento do HC nº 152.752 em 2018, conforme mencionado anteriormente.

Assim, curiosamente, no julgamento das ADCs, só Gilmar Mendes chegou a mencionar essa posição⁷⁹, mas não a incluiu no dispositivo de seu voto, votando pela inteira constitucionalidade do artigo 283 do CPP. Dias Toffoli, apesar de ter sido o primeiro a levantar essa possibilidade e defendê-la nos dois julgamentos anteriores, também não exarou esse entendimento no voto das ADCs⁸⁰.

Toffoli já havia feito inclusive declarações na imprensa defendendo essa terceira via, o que indicou uma tentativa de conciliar os interesses envolvidos e agradar ambos os lados. Mas a tese não foi encampada pela maioria dos ministros do STF e foi também criticada por ministros do STJ⁸¹. O ministro estava sendo pressionado pela opinião pública, pelo governo e pelo próprio STF enquanto presidente do Tribunal e último a votar, pois já se especulava que ele provavelmente seria o responsável por decidir a questão⁸². E assim foi, Toffoli deu o voto de desempate, quando já havia 5 votos para cada posição.

Destaca-se ainda que, poucos dias antes de terminar o julgamento, em 28 de outubro, Toffoli enviou ao Congresso proposta para determinar a suspensão da prescrição enquanto tramitam recursos nos tribunais superiores, numa tentativa de amenizar a decisão que estava por vir.⁸³ Além disso, após a decisão das ADCs, o presidente do Tribunal se pronunciou à imprensa falando da possibilidade, sob seu ponto de vista, de que o legislativo modifique a questão por meio de projeto de lei, não sendo necessária emenda constitucional.⁸⁴ O presidente também prometeu colocar em pauta a questão da execução da pena após o júri, sobre a qual deu

⁷⁹ “Esse tem sido o posicionamento adotado por mim em decisões monocráticas, determinando que se aguarde uma decisão colegiada do Superior Tribunal de Justiça para que se autorize a execução provisória da pena, salvo as três exceções acima elencadas.” MENDES, Gilmar Ferreira. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 43. 2019, p. 16. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-mendes1.pdf>>. Acesso em 24 fev. 2020.

⁸⁰ TOFFOLI, José Antonio Dias. Voto proferido na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43. Supremo Tribunal Federal. Brasília, nov. 2019. Vídeo disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=0f4QNaPazN0>>. Acesso em 09 nov. 2019.

⁸¹ Sobre isso, ver: <https://oglobo.globo.com/brasil/tese-de-toffoli-sobre-prisao-em-3-instancia-preocupa-ministros-do-stj-1-24064287> e <https://valor.globo.com/politica/noticia/2019/11/04/tese-de-toffoli-a-favor-de-prisao-na-terceira-instancia-e-criticada-no-stj.ghtml>

⁸² Sobre a questão, ver: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/toffoli-enfrenta-pessoas-para-voto-decisivo-sobre-2a-instancia-no-stf.shtml>.

⁸³ A proposta de Toffoli foi, em parte, incorporada na Lei nº 13.964/19 que alterou o art. 116 do Código Penal adicionando o inciso III que passou a vigorar com a seguinte redação: “Art. 116 - Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre: (...) III - na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis”. Sobre o projeto enviado por Toffoli, ver: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,perto-de-stf-rever-2-instancia-toffoli-propoe-antidoto-para-combater-prescricao,70003067473>.

⁸⁴ Sobre essa declaração de Toffoli, ver: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/toffoli-abre-brecha-para-congresso-resgatar-2a-instancia-por-via-mais-rapida.shtml>

a entender que tem posicionamento diverso, no sentido de que a execução deve ser imediata devido ao princípio da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri⁸⁵.

Assim, apesar de findo o julgamento em ação com efeito vinculante e revertido o entendimento, a questão da execução provisória da pena provavelmente não foi superada e é possível que haja um efeito *backlash*⁸⁶. A esse respeito, inclusive, já tramitam no Congresso as PECs nº 410/18, nº 411/18, nº 5/19 e nº 199/19, cujas redações buscam autorizar a prisão do réu após condenação em segunda instância⁸⁷.

Também se destaca que foi aprovado pelo Congresso, no final de 2019, o projeto de lei conhecido como “Pacote Anticrime”, que altera a legislação penal e processual penal pátria. O pacote reúne parte da proposta apresentada no início do ano pelo ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, e trechos do texto elaborado pela comissão de juristas coordenada pelo ministro do STF Alexandre de Moraes. A Lei nº 13.964, advinda inicialmente desse projeto de endurecimento das leis penais para combate à impunidade, foi aperfeiçoada e chegou a trazer, pelo menos, alguns avanços⁸⁸ entre os retrocessos⁸⁹.

⁸⁵Ver: <https://www.migalhas.com.br/quentes/318426/stf-julgara-em-fevereiro-se-e-possivel-execucao-imediata-de-pena-aplicada-por-tribunal-do-juri> e <http://www.tostoadv.com/jotasupremo-derruba-a-possibilidade-de-prisao-apos-condenacao-em-2a-instancia/>

⁸⁶ Segundo o Dicionário de Cambrigde, de inglês britânico, o termo *backlash* é definido como “*um sentimento forte entre um grupo de pessoas em reação a uma mudança ou a um evento recente na sociedade ou na política*” [tradução livre] (<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/backlash>). No caso do Direito, seriam reações da sociedade civil e dos outros poderes acerca de uma decisão judicial, um exemplo concreto foi a reversão do julgamento da ADI 4983, na qual o STF declarou que a atividade popular conhecida como “vaquejada” era inconstitucional em virtude de gerar tratamento cruel aos animais; após a decisão, o Congresso Nacional aprovou a EC 96/2017, para inserir o § 7º no art. 225 da CRFB/88, com o seguinte texto: “*Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.*” Houve assim um contra-ataque político à decisão judicial, que foi superada por inovação legislativa.

⁸⁷ No dia 20 de novembro de 2019, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) da Câmara dos Deputados aprovou a admissibilidade da PEC 199/19. A proposta segue para análise em uma comissão especial, em seguida para o Plenário da Câmara e depois para o Senado. A votação foi realizada depois que a relatora da matéria, deputada Caroline de Toni (PSL-SC), considerou inadmissíveis outras duas propostas anteriores (PECs 410/18 e 411/18) que alteravam o artigo 5º da Constituição, o qual dispõe sobre as garantias fundamentais. O texto aprovado - de autoria do deputado Alex Manente (Cidadania-SP) - não mexe no artigo 5º. Em vez disso, estabelece o trânsito em julgado da ação penal após o julgamento em segunda instância, tornando os Recursos Especial e Extraordinário ações revisionais de competência originária dos tribunais superiores. (OLIVEIRA, José Carlos. *CCJ aprova admissibilidade da proposta que permite prisão após segunda instância*. Câmara dos Deputados: Notícias. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/615559-CCJ-APROVA-ADMISSIBILIDADE-DA-PROPOSTA-QUE-PERMITTE-PRISAO-APOS-SEGUNDA-INSTANCIA>>. Acesso em 12 dez. 2019.)

⁸⁸ Foi aprovado e sancionado o texto sobre o juiz de garantias, com a medida, o magistrado que atuou na investigação criminal não poderá ser o mesmo responsável pela sentença do caso.

⁸⁹ Alguns exemplos são o aumento do limite de tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade de 30 para 40 anos e o enquadramento como legítima defesa para agentes de segurança que previnem agressões ou risco de agressões a vítima mantida refém durante a prática de crimes.

Ressalta-se que, entre as alterações propostas por Moro, estava a definição da execução antecipada da pena como regra no processo penal, mas o trecho foi retirado da proposta e não chegou a ser aprovado pelo legislativo. A prisão logo após o júri foi, no entanto, aprovada e sancionada,⁹⁰ mas há julgamento pendente no STF para decidir se a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, prevista na Constituição, autoriza a imediata execução de pena imposta pelo Conselho de Sentença. A matéria é objeto do Recurso Extraordinário nº 1.235.340, de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso, que está pautado para julgamento em 23 de abril de 2020⁹¹.

Ainda não se descarta também a possibilidade de que a matéria da prisão após decisão condenatória em segunda instância venha a ser votada no STF novamente com a mudança de composição do Tribunal. Isso porque, nos próximos dois anos, ainda dentro do mandato do atual presidente, Jair Messias Bolsonaro, cujo governo é alinhado com o endurecimento de leis penais, dois novos ministros serão escolhidos em decorrência da aposentadoria dos ministros Celso de Mello e Marco Aurélio, que sempre foram consistentemente contra a execução antecipada da pena.

A trajetória aqui narrada revela a instabilidade da jurisprudência do Tribunal acerca da questão e indica que a discussão, apesar de jurídica, tem profunda relação com a instabilidade política no Brasil, tendo o julgamento ganhado a atenção da população como um todo, sendo extremamente noticiada pela mídia e envolvendo a liberdade de importantes personalidades políticas.

⁹⁰ Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:

(...) e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos; (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

⁹¹ Inicialmente, o julgamento estava pautado para o dia 12 de fevereiro, mas foi alterado para o dia 23 de abril de 2020. Essa foi a última data de pauta até a apresentação do presente trabalho, podendo ter sido alterada posteriormente.

METODOLOGIA

Este trabalho teve como propósito a realização de pesquisa empírica jurisprudencial com o objetivo geral de analisar que tipo de argumentos são movimentados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) para justificar a flexibilização de garantias penais e processuais penais no caso da execução antecipada da pena, a fim de compreender como se operou - e como se continua operando - a transformação do entendimento constitucional sobre o tema.

Destaca-se que se entende como pesquisa empírica o estudo do Direito como *ser*, como ocorre na realidade, em detrimento do usual estudo do *dever ser*, da interpretação correta da norma. Assim, pretende-se investigar o percurso da construção e da aplicação do direito, apoiando-se na realidade do funcionamento dos tribunais, processos e julgamentos judiciais em conexão com o contexto social que operam.

Para analisar o uso de evidências no debate constitucional sobre o início da execução da pena, foi analisado o recente julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54 como objeto de estudo, em virtude de esse julgado ter sido a ação mais recente em que o tema foi discutido e o entendimento alterado.

A primeira fase da pesquisa foi documental e consistiu na organização de fundo de arquivo por meio de acesso público no site eletrônico do Supremo Tribunal Federal com os votos, as manifestações de *amici curiae*, da Procuradoria-Geral da República (PGR), da Advocacia-Geral da União (AGU) e as petições iniciais das ADCs fonte da pesquisa, bem como a bibliografia pertinente.

A segunda fase da pesquisa consistiu na organização e preenchimento de instrumento de coleta, listando e classificando os argumentos por conteúdo e identificando as evidências e fontes apresentadas em cada um dos cinco votos contrários à procedência das ADCs. Em seguida, foi realizada a descrição dos dados levantados na pesquisa em relação a cada categoria.

Destaca-se que, no momento da pesquisa, o acórdão referente ao julgamento ainda não havia sido publicado, apenas alguns ministros haviam liberado seus votos por meio da imprensa. Assim, nessa fase, foram utilizados os votos escritos dos ministros Alexandre de Moraes e Edson Fachin, já disponibilizados na íntegra no momento da coleta de dados, e as anotações para o voto oral do ministro Luís Roberto Barroso também divulgadas pelo gabinete. No caso dos votos dos ministros Luiz Fux e Cármen Lúcia, foram analisados os votos orais por

meio da oitiva e transcrição dos principais pontos da gravação da sessão de julgamento disponível no canal do STF no *kkkk*, pois os votos escritos ainda não estavam disponíveis.

Por fim, foi realizado cruzamento dos dados e exposição dos resultados encontrados, elaborando-se análise crítica com suporte na literatura pertinente levantada durante o estudo. Ao final, conclui-se acerca dos tipos de elementos utilizados pelos ministros para fundamentar posicionamento pela execução antecipada da pena.

CAPÍTULO 2: OS VOTOS CONTRÁRIOS NO JULGAMENTO DAS ADCS nº 43, 44 E 54

Os votos contrários à procedência das ADCs nº 43, 44 e 54 foram, como visto, proferidos pelos ministros Alexandre de Moraes, Luiz Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que formaram a divergência ao voto do ministro relator Marco Aurélio e ficaram vencidos. Nesta pesquisa, foram analisados, mais a fundo, esses votos contrários⁹², classificando-se os tipos de argumento, de evidência e de fontes utilizadas, em busca de descrever o que motivou, e continua motivando, o posicionamento pela flexibilização das garantias processuais penais, mais especificamente do princípio da presunção de inocência, quanto ao início do cumprimento da pena. Passa-se, portanto, a descrever os votos segundo essas categorias, sistematizando os principais pontos.

2.1 Os tipos de argumento

Os votos contrários à procedência da ação tratam, em geral, sobre o tema da execução antecipada da pena como uma medida necessária ao funcionamento e efetividade do sistema penal, enfatizando a análise da realidade prática e a impunidade no País. Quanto aos argumentos utilizados, tem-se que a maioria se repete, havendo pouca inovação em cada voto. Assim, passa-se ao relato dos principais tipos de argumento abordados.

2.1.1 Trajetória do tema no Supremo Tribunal Federal e impossibilidade de nova mudança jurisprudencial

Todos os votos retomam, ainda que brevemente, a trajetória de entendimentos do STF descrita no capítulo anterior. Os ministros ressaltam, para reforçar sua posição contrária, que, durante a maior parte do tempo no qual a Constituição de 1988 esteve vigente, entendeu-se possível a execução da pena antes do trânsito em julgado, havendo precedente diverso apenas de 2009 a 2016. Ou seja, apenas em sete dos 31 anos da CRFB se exigiu o trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena.

Alexandre de Moraes contabilizou também a posição de todos os ministros que já compuseram o Tribunal:

⁹²A fase de coleta de dados da pesquisa se encerrou em dezembro de 2019, motivo pelo qual foram utilizados os votos escritos de Alexandre de Moraes e Edson Fachin já disponibilizados na íntegra até então e as anotações para o voto oral de Luís Roberto Barroso também divulgadas. No caso dos votos de Luiz Fux e Cármen Lúcia, foram analisados os votos orais por meio da oitiva e transcrição da gravação da sessão de julgamento disponível no canal do STF no youtube, pois os votos escritos ainda não estavam disponíveis.

“(...) dos 34 (trinta e quatro) Ministros que atuaram na Corte, somente 9 (nove) Ministros se posicionaram contrariamente à possibilidade de execução provisória da pena após condenação em segunda instância. E, mesmo entre esses nove Ministros, quatro deles haviam, em posicionamento anterior, considerado constitucional a possibilidade de execução provisória. A grande maioria, vinte e dois, sempre defendeu a atual jurisprudência da CORTE (três Ministros não chegaram a se posicionar sobre o assunto: Rafael Mayer – aposentadoria em 14/5/89, Oscar Corrêa, aposentadoria em 17/1/89 e Carlos Madeira, aposentadoria em 1990).”⁹³

Além disso, Edson Fachin, em seu voto, afirma que o julgamento do HC nº 84.078 em 2009, que operou a mudança na jurisprudência até então consolidada, não foi realizado com força de efeito precedente, faltando para tanto o “*efeito persuasivo*” e, por isso, já havia sinais nos anos seguintes de que tal precedente não subsistiria, isto é, várias decisões e manifestações desafiando o entendimento, motivo pelo qual veio a ser reformado em 2016.⁹⁴

Aliado a esse argumento, em grande parte dos votos, ressalta-se também não haver motivo e fundamentação suficientes para a realização de mudança jurisprudencial. Argumenta-se que é necessário o respeito à jurisprudência do Tribunal, não podendo alterá-la indiscriminadamente sob pena de se violar a segurança jurídica. Os ministros destacam que, em 2016, se entendeu pela mudança do entendimento então válido sob o fundamento de que ocorreu uma mutação constitucional, um *overruling* por causa da alteração de sentido e de alcance da norma. Segundo Fux, essa alteração se deu em função da evolução do sentimento constitucional dos destinatários da norma, isto é, a sociedade.⁹⁵ Barroso, por sua vez, elenca três motivações possíveis para essa mudança: a ocorrência de mudança na realidade social, de mudança na compreensão do direito ou de impactos negativos decorrentes do entendimento anterior.⁹⁶

Nessa esteira, os votos contrários sustentam não haver fato novo e razões aptas a ensejar outra mudança de entendimento sobre a questão da execução antecipada da pena, que já havia sido reafirmada pelo STF várias vezes desde 2016. Invocam, para tanto, a segurança jurídica e

⁹³ MORAES, Alexandre de. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 43*. 2019, p. 16. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43AM.pdf>>. Acesso em 30 out. 2019.

⁹⁴ FACHIN, Luiz Edson. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 43*. 2019, p. 6. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43EF.pdf>>. Acesso em 30 out. 2019.

⁹⁵ FUX, Luiz. *Voto proferido na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43*. Supremo Tribunal Federal. Brasília, out. 2019. Vídeo disponível em <https://youtu.be/vf0si_XxmoU>. Acesso em 30 out. 2019.

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 43. Anotações para o voto oral*. 2019, pp. 14-15. Disponível em <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2019/10/66f91d5d07f1c24dbbcc78401f4c59fc.pdf>>. Acesso em 30 out. 2019.

a doutrina do precedente no sentido de que a jurisprudência do tribunal constitucional deve ser coerente, íntegra e estável.

2.1.2 A presunção de inocência é compatível com a execução antecipada da pena

Outro argumento recorrente nos votos é a diferenciação entre ser *considerado culpado*, conforme menciona o art. 5º, LVII, e a possibilidade de prisão. Salientam que o pressuposto para decretação da prisão na CRFB é a existência de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, conforme o inciso LXI, e não o esgotamento das vias recursais. Fachin sustenta que a chave da interpretação da norma está no conceito de *culpado*, destacando que a culpabilidade pode ter várias acepções, mas que nenhuma delas leva à conclusão da impossibilidade de prisão.⁹⁷

Para reforçar esse ponto, os ministros mencionam a previsão no ordenamento jurídico brasileiro de prisões cautelares - em flagrante, preventiva e temporária -, além de prisões para fins de extradição, expulsão e deportação. Fux destaca ainda que o ordenamento admite diversas mitigações ao marco do trânsito em julgado, mencionando, a esse respeito, a lei da ficha limpa e o julgamento das ADCs nº 29 e 30, no qual o STF concluiu pela validade da referida lei, que permite a declaração de inelegibilidade após decisão de órgão colegiado ainda recorrível.⁹⁸

Nos votos, elencam-se ainda as funções e garantias decorrentes do princípio da presunção de inocência que, para esses ministros, não incluem a impossibilidade de prisão antes do trânsito em julgado. Alexandre de Moraes aduz que a eficácia do inciso LVII do art. 5º implicaria apenas três exigências: (i) o ônus da prova deve recair sobre a acusação, (ii) a produção de provas deve se dar mediante o devido processo legal, resguardados o contraditório e a ampla defesa, e (iii) deve haver independência funcional dos magistrados na valoração livre das provas. Assim, para o ministro, não há qualquer incompatibilidade da prisão, após decisão devidamente motivada de Tribunal de segundo grau, com a presunção de inocência, desde que tenham sido observadas essas três exigências para firmar o juízo de culpabilidade do acusado, não podendo se confundir o tratamento processual do réu com a possibilidade de sua prisão.⁹⁹

Por sua vez, Fux assevera que a presunção de inocência é também um meio de avaliação de prova, que faz recair sobre a acusação o ônus de provar a culpa acima de dúvida razoável e permite a comprovação da inocência e reversão do resultado até mesmo após o trânsito em

⁹⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.* 2019, p. 13-14.

⁹⁸ STF. *STF decide pela constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa*. Notícias STF, 17/02/2012. Disponível em: <https://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesClipping.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=200628>. Acesso em 18 jan. 2020.

⁹⁹ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.* 2019, p. 20-21.

julgado, havendo a possibilidade de Revisão Criminal. Ressalta então que essa presunção não é absoluta e vai sendo mitigada a cada nova fase do processo: quando a investigação é deflagrada, a presunção de inocência deve ser considerada em seu máximo; com as progressivas confirmações de culpa em ação penal e Apelação, essa presunção se torna mais fraca e, ao chegarem os autos aos tribunais superiores, não há mais o exame de fatos e provas, reduzindo-se essa presunção de inocência ao mínimo.¹⁰⁰

No mesmo sentido, Edson Fachin salienta que a presunção de inocência, enquanto “*standard de prova*”, implica uma obrigação para o juiz na avaliação das provas, uma vez que os fatos devem ser provados para além de uma dúvida razoável e, caso remanesçam dúvidas sobre eles, o magistrado deve julgar favoravelmente ao réu (*in dubio pro reo*). Da mesma forma, implica também uma obrigação para os órgãos colegiados, pois havendo empate na votação, esse deve beneficiar o réu (também *in dubio pro reo*). Fachin ressalta, assim como Fux, que a presunção de inocência nessa acepção só tem aplicação nas fases em que a prova é objeto de exame, dessa forma, não havendo revolvimento probatório nos tribunais superiores, a presunção de inocência não é desafiada.¹⁰¹

Nesse diapasão, todos os votos evidenciam ainda que os Recursos Extraordinário e Especial aos tribunais superiores não possuem efeito suspensivo conforme o art. 637 do CPP¹⁰², não havendo, portanto, razão para que esses recursos obstaculizem o início do cumprimento da pena.

Os ministros retomam também os diversos tratados internacionais nos quais está previsto o princípio da presunção de inocência¹⁰³, destacando que nenhum deles menciona

¹⁰⁰ FUX, Luiz. *Op. cit.* 2019

¹⁰¹ FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.* 2019, p. 21.

¹⁰² Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

¹⁰³ Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (Art. 9º Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado); Declaração Universal dos Direitos Humanos (Art. 11º - 1. Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas); Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Art. 6º - Direito a um processo equitativo - 2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada); Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Art. 48 - Presunção de inocência e direitos de defesa - 1. Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa); Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (Art. 7º - 1. Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja apreciada. Esse direito compreende: b) O direito de presunção de inocência, até que a sua culpabilidade seja estabelecida por um tribunal competente); Declaração Islâmica dos Direitos Humanos (V – Direito a Julgamento Justo - Ninguém será considerado culpado de ofensa e sujeito à punição, exceto após a prova de sua culpa perante um tribunal jurídico independente); Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Art.14 - §2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa); Convenção Americana Sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (Art. 8º - Garantias judiciais - 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa).

impossibilidade de prisão e, tampouco, define marco de alcance para o princípio, não exigindo o trânsito em julgado.

Da mesma forma, levanta-se também a perspectiva comparada com os países desenvolvidos, frisando-se que esses não exigem trânsito em julgado, havendo inclusive países que permitem a prisão já após a condenação em primeira instância.

2.1.3 O princípio da presunção de inocência deve ser ponderado com os demais

Todos os votos abordam a necessidade de uma leitura sistêmica e integrada da Constituição, na qual não se pode apreciar um princípio isoladamente, mas deve-se considerar todo o texto constitucional e a ponderação com os outros princípios. Nesse sentido, os ministros aduzem que o princípio da presunção de inocência deve ser ponderado com os princípios da efetividade penal e da razoável duração do processo, permitindo assim a execução antecipada da pena.

Barroso diferencia os princípios das regras: esses não descrevem condutas específicas, mas indicam ideais a serem alcançados, assim, devem ser aplicados em concordância ou ponderação com os demais.¹⁰⁴ Nessa lógica, Alexandre de Moraes salienta que os princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da efetividade penal são todos complementares e sua interligação no exercício da persecução penal é fundamental ao Estado democrático de Direito.¹⁰⁵ Cármen Lúcia, por sua vez, ressalta que nenhum princípio é absoluto e deve ser balanceado com os outros direitos envolvidos.¹⁰⁶

Dessarte, os votos frisam que, após decisão fundamentada de Tribunal, uma vez respeitados o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e o juízo natural, afasta-se a presunção de inocência em função da efetividade penal, que não pode ser ignorada.

Nessa esteira, Alexandre de Moraes aponta que a eficácia de um princípio não pode anular a efetividade de outros. Assim, proibir a execução da pena após decisão de segundo grau devidamente fundamentada seria negar eficácia ao princípio da efetiva tutela jurisdicional em razão de uma aplicação absoluta da presunção de inocência. Isso significaria, segundo o ministro, desrespeitar o “esquema organizatório-funcional” estabelecido pelo constituinte, que

¹⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* 2019, p. 18.

¹⁰⁵ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.* 2019, p. 18.

¹⁰⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Voto proferido na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43*. Supremo Tribunal Federal. Brasília, nov. 2019. Vídeo disponível em <<https://youtu.be/BU0Oym2ae5g>>. Acesso em 09 nov. 2019.

garante apenas aos juízes e tribunais de segundo grau a análise do conjunto probatório e a decisão de mérito.¹⁰⁷

Segundo Barroso, essa ponderação entre esses princípios aparentemente conflituosos deve se dar com o auxílio do princípio da proporcionalidade, por esse ângulo veda-se o excesso na punição e, da mesma forma, a proteção deficiente. Assim, o ministro conclui que não é proporcional a longa demora até a punição adequada, sendo necessária a execução antecipada da pena para permitir a eficácia penal.¹⁰⁸

Fux destaca que um sistema penal eficiente é aquele que prende após a decisão colegiada.¹⁰⁹ Fachin, por sua vez, salienta que o Supremo, por mais de uma vez, já utilizou o princípio da proteção deficiente para declarar a inconstitucionalidade de normas que dificultavam a proteção penal a direitos fundamentais.¹¹⁰

No mais, Cármen Lúcia elucida que o início do cumprimento da pena após decisão de segunda instância não contraria as garantias processuais penais, pois somente respeitados o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, o juízo natural e a necessidade de fundamentação das decisões é que se tem um processo válido e apto a gerar execução de pena, caso contrário, seria configurada hipótese de nulidade. Assim, não há que se falar em injustiça no início do cumprimento da pena, já que a defesa de teses jurídicas e das nulidades do processo dispõem de vias legais específicas, não se podendo impor como regra a incerteza da punição que a condenação impôs.¹¹¹

Além disso, Barroso e Fachin frisam ainda que o direito penal também é instrumento de proteção de direitos fundamentais e que, portanto, a aplicação das normas penais não é punitivismo, mas sim ato desejável e necessário para proteger o direito das vítimas.¹¹² Fachin salienta que a própria Constituição prevê essa função penal e contém mandados expressos de incriminação, conforme foi discutido pelo STF no julgamento da ADO nº 26.¹¹³

¹⁰⁷ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.* 2019, p. 21.

¹⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* 2019, p. 19-20.

¹⁰⁹ FUX, Luiz. *Op. cit.* 2019

¹¹⁰ Cita como exemplo o HC nº 123.971, em que o STF entendeu como incondicionada a ação penal para crime de estupro praticado contra criança ou adolescente que antes era condicionada a queixa. (FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.* 2019, pp. 3-4)

¹¹¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. cit.* 2019.

¹¹² BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* 2019, p. 19 e FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.* 2019, p. 25.

¹¹³ ADO nº 26 (STF, j. 13.06.2019) - trecho da ementa: “(...) Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I,

Nessa perspectiva, Cármen Lúcia aponta que a eficácia penal se dá pela definição dos delitos, pelo julgamento justo e pela certeza do cumprimento das penas, sem essa certeza impera a impunidade, o que fomenta a criminalidade e enfraquece o sistema de justiça. Evidencia ainda que o direito penal abarca todas as garantias do julgamento justo para aqueles que erraram, mas deve proteger também as vítimas que renunciaram à prática da vingança privada na espera de uma resposta do Estado conforme resguarda o pacto social.¹¹⁴

Por fim, Fachin e Cármen Lúcia incluíram também em seus votos análise sobre o estado inconstitucional de coisas do sistema penitenciário declarado pelo STF, destacando que não há contradição com a execução antecipada da pena, uma vez que as más condições do sistema não são razão suficiente para promover ações de descriminalização.

Cármen Lúcia salienta que não desconhece o péssimo estado do sistema carcerário, mas que, no julgamento em questão, não se está a avaliar a falibilidade dos processos e do sistema, mas buscar a melhor interpretação a favorecer os direitos fundamentais no Brasil.¹¹⁵ Segundo Fachin, as violações no sistema não podem servir de fundamento para a interpretação das regras penais e processuais penais e, na oportunidade da ADPF 347, o STF reconheceu e impôs obrigações ao Estado para que sejam regularizadas as condições do sistema carcerário.¹¹⁶

2.1.4 Pragmatismo. A execução antecipada da pena combate a impunidade e a corrupção que assolam o país.

Verifica-se também, em todos os cinco votos, argumentos de ordem pragmática nos quais se pretende determinar a quem serve a presunção de inocência até o trânsito em julgado e que resultados produz na sociedade. Cármen Lúcia aduz que os que contam com a incerteza da punição - ou a certeza da impunidade - não são os mais pobres, são aqueles que dispõem de meios para abusar de todo um rebuscado sistema recursal para prescrever seus crimes, frustrando o direito das vítimas.¹¹⁷ Fux, por sua vez, ressalta que os crimes que tem sido acobertados pela presunção de inocência não são delitos de pessoas humildes.¹¹⁸

Da mesma forma, Barroso sustenta que os réus pobres não são os beneficiados pela presunção de inocência, pois a maioria está preso preventivamente desde antes da decisão de segundo grau. Assim, os beneficiários da exigência do trânsito em julgado seriam em maioria

“in fine”).” [Grifado. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em 19 jan. 2020]

¹¹⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. cit.* 2019.

¹¹⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. cit.* 2019.

¹¹⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.* 2019, pp. 28-29.

¹¹⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. cit.* 2019

¹¹⁸ FUX, Luiz. *Op. cit.* 2019

condenados por crimes de colarinho branco¹¹⁹, razão pela qual o ministro conclui que “*Pobre não conta muito com o garantismo à brasileira*”¹²⁰.

Nesse seguimento, Barroso menciona que o entendimento firmado em 2009 trouxe impactos negativos ao país - como o incentivo à interposição de recursos protelatórios, o reforço à seletividade do sistema penal e um descrédito do sistema de justiça perante a sociedade, decorrente da demora na punição e das frequentes prescrições - e que, por isso, o STF modificou sua orientação em 2016, decisão cujo impacto foi evidentemente positivo.¹²¹ Alexandre de Moraes, por sua vez, aponta que o posicionamento do STF em 2016 produziu grande evolução no efetivo combate à corrupção no Brasil.¹²²

Nessa esteira, todos os ministros tecem considerações sobre a grande corrupção que, a seu ver, assola o país e os altos índices de impunidade e prescrição. Barroso aponta a existência de uma epidemia de violência e corrupção no país.

Notável também que Barroso e Fachin mencionam a postura de advogados criminais como manipulação do sistema. O primeiro afirma que “*basta ter um advogado que manipule o sistema para o processo durar pelo menos uma década*”¹²³ e que “*Tem gente que não levanta a caneta por menos de milhão, que muda de calçada quando vê um pobre, hasteando uma bandeira que nunca defendeu*”¹²⁴. Já Fachin afirma, citando Francisco de Assis Toledo, que historicamente os penalistas têm manipulado o conceito de culpa para buscar formas de descriminalização indireta.¹²⁵

Interligada à questão da corrupção e da impunidade, Barroso e Fachin abordam a falta de credibilidade das instituições brasileiras. Barroso coloca a execução antecipada da pena como uma exigência de ordem pública a assegurar o funcionamento e credibilidade do sistema de justiça¹²⁶ e diz preocupante a imagem que os países desenvolvidos possuem do Brasil

¹¹⁹ O termo “crime de colarinho branco” (white-collar crime no original em inglês) foi cunhado pelo sociólogo Edwin Sutherland em 1939 e era conceituado inicialmente como “*a violation of criminal law by a person of the upper sócio-economic class in the course of his occupation activities*”, há várias discussões sobre a abrangência do termo e hoje o termo costuma designar crimes não violentos cometidos com motivação financeira por executivos, funcionários do governo ou políticos. (FLORES, Marcelo Marcante. *Crimes de colarinho branco e a formação do Direito Penal secundário: os desafios da política criminal contemporânea*. IBCCRIM: Tribuna Virtual, Ano 01, Edição nº 05, Junho de 2013, ISSN nº2317-1898. Disponível em <<https://www.ibccrim.org.br/tribunavirtual/artigo/22-Crimes-de-colarinho-branco-e-a-formacao-do-Direito-Penal-secundario-os-desafios-da-politica-criminal-contemporanea>>. Acesso em 21 jan. 2020)

¹²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* 2019, p. 10.

¹²¹ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* 2019, p. 15.

¹²² MORAES, Alexandre de. *Op. cit.* 2019, p. 17.

¹²³ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* 2019, p. 15.

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* 2019, p. 11.

¹²⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.* 2019, pp. 12-13.

¹²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* 2019, p. 20-22.

chegando a mencionar que “*Ninguém respeita país que blindar corruptos*”¹²⁷. Fachin ressalta que o país tem sido questionado em organismos internacionais de tutela dos direitos humanos em razão da ineficiência do seu sistema de proteção penal a direitos humanos básicos.¹²⁸

Além disso, todos os ministros se preocupam em defender a imagem do Tribunal e ressaltar que este não está sucumbindo à opinião pública e aos anseios punitivistas.

Alexandre de Moraes destaca as ofensas e ameaças sofridas pelo STF que, a seu ver, são geradas por desinformação, radicalismo político, manipulação de informações e *fake news*¹²⁹ que vêm sendo disseminadas pelo país.¹³⁰ Cármen Lúcia ressalta que não há interpretação óbvia e que a democracia pratica-se com respeito às posições contrárias e tolerância.¹³¹

Barroso, por sua vez, afirma que se preocupa com a imagem que a sociedade tem do Supremo e que esta atualmente questiona decisões proferidas pela Corte que dificultam o combate à corrupção, criticando, assim, uma série de orientações do próprio STF.¹³² O ministro também distingue o clamor público do sentimento de justiça e do interesse público e ressalta que ninguém exerce poder em nome ou interesse próprio, devendo-se identificar o sentimento social acerca da questão, pois o sentido e alcance das normas constitucionais são definidos por toda a sociedade.¹³³

Fux, de outro lado, refuta a ideia de que a defesa da execução antecipada da pena é influenciada por uma opinião pública apaixonada ou construída por uma mídia tendenciosa. A seu ver, o que se verifica atualmente é que a mídia reproduz o sentimento social. Salienta ainda que o Tribunal deve levar em consideração o sentimento constitucional do povo e que isto é diferente de ser pressionada pela opinião pública. Assim, deve-se apreciar os valores sociais em questão e isso não significa abdicar da independência do judiciário, pois o tribunal é - e deve ser - contramajoritário para dizer a inconstitucionalidade de leis vindas dos representantes eleitos pelo povo, mas não para desconsiderar o pensamento da sociedade sobre a Constituição.¹³⁴

¹²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* 2019, p. 34.

¹²⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.* 2019, p. 12.

¹²⁹ O termo *fake news* (notícias falsas) designa notícias falsas ou boatos não confirmados disseminadas nos veículos de comunicação, especialmente redes sociais, com a intenção de manipular o destinatário principalmente com fins políticos. (PADILHA, Adriano. *Fake News*. Dicionário Popular. Disponível em <<https://www.dicionariopopular.com/fake-news/>>. Acesso em 22 jan. 2020.)

¹³⁰ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.* 2019, p. 10-11.

¹³¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. cit.* 2019.

¹³² BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* 2019, p. 31.

¹³³ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* 2019, p. 13.

¹³⁴ FUX, Luiz. *Op. cit.* 2019.

Digno de nota é que o ministro afirmou ainda que - “*por isso, não é ruim ouvir que na Corte we trust, não é ruim não, é bom, significa dizer que a sociedade tem confiança no Supremo e confiança legítima*”¹³⁵. Essa frase faz referência à troca de mensagens divulgada pelo jornal The Intercept que ganhou grande repercussão nacional, na qual, em conversa entre Sérgio Moro, atual ministro da Justiça, e Deltan Dallagnol, procurador atuante na Lava-Jato, há a frase “*In Fux we trust*” se referindo ao ministro do Supremo.¹³⁶

Fachin, por sua vez, salienta que a essência do entendimento proferido pelo Supremo em 2016 não foi o punitivismo ou apenas preocupações quanto ao combate aos crimes de colarinho branco, mas que essa reside na compreensão de que o direito penal também é instrumento de tutela de direitos humanos.¹³⁷

2.2 Tipos de evidências

Constata-se também o uso de evidências empíricas, que apareceram em todos os votos, ainda que de forma mais ou menos detalhada e bem ou mal referenciada. Essa tendência vem se apresentando em diversos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, especialmente em ações de controle concentrado, nas quais tem se tentado dimensionar as consequências das decisões do Tribunal.

Isso porque, cada vez mais, o direito contemporâneo exige e necessita considerar os impactos e complicações reais da aplicação das leis e as consequências das decisões dos tribunais. A esse respeito, o ministro Luís Roberto Barroso inclusive consignou em seu voto no *habeas corpus* preventivo nº 152.752 - já mencionado anteriormente, que trata do mesmo tema das ADCs objeto de estudo do presente trabalho - que se necessita, no Brasil, de um giro empírico-pragmático valorizando as evidências e a realidade dos fatos:

“Meu último capítulo chama-se: ‘O direito e a justiça baseados em evidências’. Há dois movimentos importantes que ocorreram no mundo nas últimas décadas. Primeiro, foi o que se chama giro democrático constitucional, ao qual nós aderimos com a Constituição de 1988, que é limitação do poder, centralidade dos direitos fundamentais e uma certa ascensão institucional das Cortes constitucionais. O fenômeno foi em todo mundo; e acho que, com alguns sobressaltos, até aqui ajudou-

¹³⁵ FUX, Luiz. *Op. cit.* 2019, 57’30”.

¹³⁶ Sobre a mensagem entre Moro e Deltan: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/06/in-fux-we-trust-diz-moro-a-deltan-em-mensagem-sobre-ministro-do-stf.shtml> e <https://veja.abril.com.br/politica/in-fux-we-trust-disse-moro-a-deltan-em-mensagem-vazada/>.

¹³⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.* 2019, p. 4.

nos o Senhor, e temos 30 anos de estabilidade institucional e acho que não há riscos para isso.

Mas há um giro que nós ainda não conseguimos efetuar inteiramente por ideias antigas e arraigadas, que é um giro empírico-pragmático. É uma característica brasileira, latina - portugueses já se livraram dela - que é um mundo de retórica vazia, alheio aos fatos, alheio ao que acontece no mundo real. Portanto, o empirismo significa a valorização da experiência dos fatos, a verificação do que acontece no mundo real; e o pragmatismo - por isso a virada empírico-pragmática - consiste em verificar que tipo de resultado uma decisão ou uma política pública produz sobre a realidade, produz no mundo real, se ela é capaz de satisfazer adequadamente às demandas existentes.”¹³⁸

Nesse sentido, os votos buscaram trazer dados empíricos pertinentes às suas posições, bem como os *amici curiae* do processo, enquanto entidades com proximidade ao tema, também juntaram informações técnicas e científicas para reforçar suas perspectivas.

Barroso, em seu voto nas ADCs, retomou a necessidade de um giro empírico-pragmático, valorizando-se os dados como fonte para a tomada de decisões e buscando-se os melhores resultados para a sociedade.¹³⁹ Fux também apontou que o direito não pode viver apartado da realidade fazendo referência à necessidade de se considerar os dados e casos concretos.¹⁴⁰

Alexandre de Moraes, por sua vez, destaca em seu voto a importância das evidências para o debate constitucional, salientando que, a despeito de a interpretação constitucional não ser pautada por estatísticas, esses números são essenciais para a análise do caso concreto. Curiosamente, apesar da afirmação, o ministro não trouxe nenhum dado estatístico em seu voto, apenas se limitou a ressaltar que a execução antecipada da pena prevaleceu em 80% do período de vigência da CRFB e que foi cancelada por 71% dos ministros que já passaram pelo STF.¹⁴¹

Uma das evidências mais recorrentes nos votos foi o índice de provimento para a defesa dos recursos nos tribunais superiores. Barroso contabilizou, em seu voto, o percentual de provimento de recursos extraordinários no STF utilizando números da Assessoria de Gestão Estratégica do STF, sendo 1,12% acolhidos em favor dos réus nos recursos entre 01.01.2009 e

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 152.752/PR*. Relator: Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 05/04/2018. Data de Publicação no DJE 27/06/2018. Inteiro Teor do Acórdão, pp. 179-180. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>>. Acesso em 22 jul. 2019.

¹³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* 2019, pp. 24-25.

¹⁴⁰ FUX, Luiz. *Op. cit.* 2019.

¹⁴¹ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.* 2019, p. 17.

19.04.2016 e 2,77% acolhidos (não se sabe quanto para a defesa e quanto para a acusação) entre os processos transitados em julgado de 2009 a 2019.

Da mesma forma, contabilizou o percentual de provimento de recursos especiais no STJ acolhidos em favor da defesa, com absolvição ou substituição da pena privativa de liberdade, utilizando números da Coordenadoria de Gestão da Informação do STJ, sendo 1,64% em 68.994 recursos entre 01.09.2015 e 31.08.2017. Ademais, acerca da concessão de *habeas corpus* afirma que é diminuta, segundo dados da presidência, a média é de 1,64% de provimento nos últimos dez anos. Com esses dados conclui que não é razoável exigir o trânsito em julgado, fazendo prolongar todos os processos, por causa de um percentual mínimo de reforma.¹⁴²

Cármem Lúcia ressaltou que o índice de reforma de condenação nos tribunais superiores é mínimo e que, assim, não se justifica o aguardo do trânsito em julgado para início do cumprimento da pena. Não mencionou, no entanto, dados e pesquisas a esse respeito.¹⁴³

Fux, por sua vez, destacou que os índices de erro são ínfimos e que nada na sociedade tem risco zero - a título de exemplo citou a medicina, a engenharia e outras atividades -, a seu ver, assim também é o judiciário, há nível mínimo de reforma das decisões nos tribunais superiores e, em havendo erro, há remédios para que esses sejam sanados, como o *habeas corpus*, por exemplo. O ministro acrescentou ainda que, após a segunda instância, as chances de o réu provar sua inocência são quase inexistentes. Verifica-se que, em seu voto oral, o ministro não citou dados, mas mencionou o voto do ministro Barroso que já havia citado tais estatísticas.¹⁴⁴

O uso de casos concretos para exemplificar e reforçar seu posicionamento também foi abordado na maioria dos votos. Barroso citou uma lista de casos¹⁴⁵ emblemáticos que, a seu

¹⁴² BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* 2019, pp. 25-27.

¹⁴³ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *Op. cit.* 2019.

¹⁴⁴ FUX, Luiz. *Op. cit.* 2019.

¹⁴⁵ O ministro citou: “(i) o jornalista que matou a namorada e passados 10 anos continuava solto levando vida normal; (ii) o parlamentar que desviou muitos milhões e só foi finalmente cumprir pena 14 anos depois, às vésperas da prescrição, por uma atuação proativa do Ministro Toffoli; (iii) o do jogador de futebol que dirigindo embriagado provocou a morte de três pessoas e depois de 21 recursos a pena prescreveu; (iv) o suplente de deputado federal que contratou pistoleiros para matar a titular e tomar a sua vaga, que só foi condenado e preso 13 anos depois; (v) o caso dos assassinos da missionária Dorothy Stang, morta em 2005, e que só agora, em 2019, foram finalmente cumprir pena; (vi) o caso do Propinoduto do Rio de Janeiro, ocorrido entre 1999 e 2002, com desvio de mais de R\$ 100 milhões de reais, cuja decisão condenatória só veio a ser executada em 2018; (vii) o caso que motivou a virada jurisprudencial, em 2009: uma tentativa de homicídio praticada em 1991, que prescreveu em 2012, sem trânsito em julgado” e ainda “Outro exemplo emblemático é a “Chacina de Unai”. Assassinato de 4 (quatro) servidores do Ministério do Trabalho, ocorrido em 2004. Só em 2019, ainda sem trânsito em julgado, se conseguiu prender os assassinos.” (BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* 2019, p. 15).

Barroso também citou o caso da operação lava-jato para ilustrar a demora do processo: “Não é difícil ilustrar o argumento. Veja-se o caso da Operação Lava Jato: Dados: 74 pessoas foram condenadas em segunda instância em processos da Lava Jato no Paraná, segundo o Ministério Público Federal (dentre elas, João Vaccari Neto, José Dirceu, Eduardo Cunha, Delúbio Soares, Sérgio Cabral, Gim Argello, José Carlos Bumlai, Renato Duque e

ver, ilustram o padrão de impunidade do entendimento pela execução da pena após o trânsito em julgado. Fachin, por sua vez, citou casos¹⁴⁶ também impactantes sobre os quais o Brasil tem sido questionado em organismos internacionais em razão da ineficiência de proteção de seu sistema penal.¹⁴⁷ Fux mencionou uma longa lista de casos¹⁴⁸ de crimes que considera bárbaros e que tiveram grande repercussão nacional cujos autores ainda estariam gozando de liberdade caso se esperasse o trânsito em julgado para início do cumprimento de pena.¹⁴⁹

Digno de nota é que Fux mencionou primeiramente a morte da menina Isabella Nardoni, um dos casos que tiveram maior repercussão no país, afirmando que o casal responsável pelo crime estaria gozando de liberdade se ainda houvesse a exigência do trânsito em julgado. Entretanto, a informação foi refutada pelo advogado do casal; logo após o voto, Roberto Podval elaborou carta aberta ao ministro esclarecendo que “*ambos responderam ao processo presos preventivamente e vêm cumprindo suas penas integralmente, independentemente de qualquer mudança de posicionamento desta Corte sobre a execução antecipada da pena*”¹⁵⁰.

Outro tipo de evidência recorrente foi a questão do impacto da execução antecipada da pena no sistema carcerário. Alexandre de Moraes afirma que as alterações de entendimento do STF sobre o tema, durante toda a vigência da atual CRFB, não produziram impactos significativos no sistema penitenciário. O ministro, no entanto, não traz nenhum dado ou fonte a comprovar essa afirmação.¹⁵¹

De outro lado, Barroso constata que a possibilidade de execução da pena após a condenação em 2º grau diminuiu o índice de encarceramento, para tanto, cita dados do Departamento Penitenciário Nacional. Apesar de, em alguns momentos, o ministro ter mencionado diminuição do índice de encarceramento, os dados trazidos por ele indicam crescimento constante do número de prisões, havendo apenas diminuição do índice percentual

André Vargas). Destes 36 fizeram acordos de colaboração premiada. Em relação aos 38 restantes, que contestam as condenações, só 8 (oito) transitaram em julgado até essa data, tendo sido a primeira apelação julgada no TRF4 em 22/09/2015.” (BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* 2019, p. 28)

¹⁴⁶ Citou os casos Maria da Penha, Sétimo Garibaldi, Ximenes Lopes e Meninos Emascarados do Maranhão. O ministro ressaltou que esses casos estão descritos em seu voto na medida cautelar das ADCs e somente referenciou-os novamente.

¹⁴⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.* 2019, p. 4.

¹⁴⁸ Foram mencionadas a morte da menina Isabela Nardoni, o assassinato de um casal de namorados por Champinha, o caso de Elisa Matsunaga, a operação Navalha na carne que desarticulou grupos de extermínio envolvendo civis e policiais militares, o caso de Alberto Youssef entre outros.

¹⁴⁹ FUX, Luiz. *Op. cit.* 2019

¹⁵⁰ MIGALHAS. *Defesa do casal Nardoni contesta citação do caso no voto de Fux sobre prisão em 2ª instância: Veja carta aberta de Roberto Podval ao ministro.* Migalhas, 25/10/2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI313908,101048-Defesa+do+casal+Nardoni+contesta+citacao+do+caso+no+voto+de+Fux+sobre>>. Acesso em 31 out. 2019.

¹⁵¹ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.* 2019, pp. 16-17.

de crescimento desse nível de encarceramento. O ministro menciona também diminuição no percentual médio e nos números absolutos de prisões provisórias, citando também dados do DEPEN a esse respeito. Conclui, assim, que o entendimento do STF em 2016 não agravou o problema de hiperencarceramento do país.¹⁵²

Outra evidência levantada foi a evolução do combate à corrupção após o entendimento do STF pela execução provisória da pena em 2016. Alexandre de Moraes aponta essa evolução, mas novamente não traz nenhum dado, fato ou fonte a comprovar essa afirmação.¹⁵³

Barroso afirma que o impacto da decisão foi muito positivo e teria gerado desincentivo a novos crimes, pela probabilidade da punição, além de melhora no combate à corrupção. Não traz nenhuma fonte ou dado quanto ao desincentivo à criminalidade e, quanto ao combate à corrupção, salienta que foram celebrados 250 acordos de colaboração premiada e de leniência no âmbito da Operação Lava-jato, mas a fonte deste dado também não é mencionada.¹⁵⁴ Barroso traz também dados quanto a percepção da corrupção por parte da população, afirmando que, segundo a Transparência Internacional, o Índice de Percepção da Corrupção no país tem piorado, o Brasil foi da 69ª posição em 2015 para a 105ª posição em 2018 entre 180 países.¹⁵⁵

Como visto no tópico anterior, grande parte dos votos contrários se preocuparam em atestar que a presunção de inocência até o trânsito em julgado acoberta os mais ricos e que o impacto da execução antecipada da pena é sofrido por eles e não pelas pessoas humildes. No entanto, apenas Barroso buscou trazer dados nesse sentido.

O ministro, levantando números do DEPEN, constatou que os crimes mais comuns que ocupam vagas no sistema carcerário são “crimes de pessoas pobres” como tráfico de drogas e roubos, afirmou ainda que a maior parte dos presos por esses crimes são preventivos e estão presos muito antes da decisão de 2º grau, não sendo relevante para elas o entendimento acerca da execução antecipada da pena. No entanto a esse respeito não trouxe dados, citando apenas que o CNJ divulgou que o número de presos que poderiam ser afetados por essa decisão seria de somente 4.895 pessoas. O ministro menciona também que 40% dos presos do país são provisórios e que sobretudo os pobres estão presos desde antes da sentença, mas não cita fonte para esse dado e essa afirmação.

Barroso traz ainda outras evidências que não aparecem nos demais votos, como a questão do tempo de tramitação dos recursos em cada tribunal. Citando pesquisa da Folha de

¹⁵² BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* 2019, pp. 7-9.

¹⁵³ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.* 2019, p. 17.

¹⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* 2019, p. 16.

¹⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* 2019, p. 30.

São Paulo, o ministro aduz que 37% dos recursos no STJ levam mais de um ano para transitar em julgado e 23% no STF. Nota-se que o próprio ministro, em seu voto, não atestou a procedência da pesquisa, destacando que esta não é oficial e que não conhece a metodologia utilizada.¹⁵⁶

Barroso afirma ainda que quem recorre aos tribunais superiores são os réus com maior poder aquisitivo que arcam com bons advogados e que nesse percentual de processos que duram mais que um ano é que estão os casos de colarinho branco que são beneficiados pela exigência do trânsito em julgado.¹⁵⁷ A esse respeito menciona como fonte também a reportagem da Folha, embora não haja números sobre isso na pesquisa, apenas uma afirmação dos jornalistas.¹⁵⁸

Após o voto do ministro, essa afirmação repercutiu e foi bastante confrontada, especialmente pelas Defensorias Públicas - as DPSP, DPRJ e DPU inclusive participaram do processo enquanto *amicus curiae* -. A esse respeito, depois da afirmação pelo ministro Barroso, a revista Época divulgou pesquisa que apontou que a Defensoria Pública é responsável por quase metade dos recursos apresentados nos tribunais superiores¹⁵⁹, da mesma forma a Folha de São Paulo também divulgou nova pesquisa, inclusive feita pelos mesmos jornalistas da pesquisa mencionada pelo ministro, que apontou que a Defensoria Pública possui maior taxa de sucesso em recursos aos superiores que advogados particulares¹⁶⁰.

Quanto aos outros tribunais, Barroso afirma que há dados do Conselho da Justiça Federal que revelam que o TRF1 levava de um a dois anos somente para proceder ao juízo de admissibilidade. O ministro aponta ainda que é provável que esse prazo estimado para 2015 tenha crescido, uma vez que o acervo de recursos vem aumentando, para tanto menciona que no Relatório do Tribunal em 2017 consta que o número de recursos conclusos à Presidência e

¹⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* 2019, pp. 27-28.

¹⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* 2019, p. 28.

¹⁵⁸ “*Quem tem recursos financeiros para arcar com bons advogados tem mais poder para recorrer às cortes superiores, e há, sim, casos que se desenrolam por anos, ainda que sejam a minoria*”. (FARIA, Flávia e GARCIA, Guilherme. *Maioria dos recursos após 2ª instância é julgada em até 1 ano no STJ e no Supremo*. Folha de São Paulo, 16/10/2019. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/10/maioria-dos-recursos-apos-2a-instancia-e-julgada-em-ate-1-ano-no-stj-e-no-supremo.shtml>>. Acesso 21 jan. 2020.)

¹⁵⁹ DANTAS, Dimitrius. *Defensoria Pública é responsável por quase metade dos recursos apresentados em instâncias superiores*. Época, 29/10/2019. Disponível em <<https://epoca.globo.com/brasil/defensoria-publica-responsavel-por-quase-metade-dos-recursos-apresentados-em-instancias-superiores-24048594>>. Acesso em 21 jan. 2020.

¹⁶⁰ FARIA, Flávia; GARCIA, Guilherme. *Defensoria Pública supera advogados particulares em casos revistos por STJ e STF*. Folha de São Paulo, 06/11/2019. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/defensoria-publica-supera-advogados-particulares-em-casos-revistos-por-stj-e-stf.shtml>>. Acesso em 21 jan. 2020.

Vice-Presidência para exame de admissibilidade aumentou de 15.319 em julho de 2015 para 22.710 em fevereiro de 2017.¹⁶¹

Além disso, a maioria dos votos menciona abstratamente grande índice de prescrições e alta impunidade, mas não trazem dados a esse respeito. Somente Barroso cita que o sistema em razão desse extenso tempo de tramitação dos processos induz à prescrição e traz evidências sobre a questão. Segundo o ministro, números do STJ mostram 830 ações com extinção da punibilidade por prescrição em dois anos; e pesquisa feita por seu gabinete apurou 116 processos com prescrição no julgamento de recursos extraordinários e agravos em recursos extraordinários no mesmo período. Novamente conclui, mas sem apresentar dados a respeito, que os grandes beneficiários da prescrição são aqueles com maior poder aquisitivo.¹⁶²

2.3 Tipos de fonte

Como se vê, grande parte dos argumentos nos votos analisados são retóricos, o que é comum na área jurídica, que tradicionalmente se opera por meio de raciocínios e interpretações de uma norma, traçando teorias e soluções a partir, basicamente, de discursos retóricos.¹⁶³

Nota-se ainda uma grande predominância de fontes do próprio ordenamento jurídico incluindo normas, tratados e jurisprudências nacionais e estrangeiras, o que se mostra esperado, afinal trata-se de controvérsia jurídica, no entanto sugere que os votos trouxeram pouca inovação no debate e poucas evidências.

Nesse sentido, vê-se que a jurisprudência nacional, especialmente os votos nos julgamentos anteriores sobre o mesmo tema - HCs n° 84.078 e n° 126.292 -, predominam, havendo grande reciclagem dos argumentos e evidências já alegadas no Tribunal.

O voto oral de Cármen Lúcia, por exemplo, é composto principalmente de menções a votos nos processos anteriores, a ministra menciona os votos de Ellen Gracie e de Menezes Direito, ambos no HC n° 84.078, de Aldir Passarinho no HC n° 68.037 e o próprio voto no HC n° 126.292. A ministra disse ter perdido seu voto para o julgamento das ADCs num acidente de computador.¹⁶⁴

Todos os outros ministros também citaram jurisprudência nacional, com ementas e entendimentos do STF, mas também com passagens de votos anteriores.¹⁶⁵ Fachin e Fux

¹⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* 2019, p. 29.

¹⁶² BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* 2019, p. 30.

¹⁶³ NERI, M. *Apresentação*. In: Cunha, Alexandre dos Santos; Silva, Paulo Eduardo Alves da (Org.) *Pesquisa empírica em direito*. Rio de Janeiro: Ipea, 2013, ISBN 978-85-7811-163-2.

¹⁶⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. cit.* 2019.

¹⁶⁵ Fachin menciona votos dos ministros Aldir Passarinho (HC n° 68.037) e Carlos Velloso (HC n° 67.841) e a manifestação do Subprocurador Mardem da Costa Pinto. Alexandre de Moraes, dentre as jurisprudências

citaram também passagens de manifestação de membros do Ministério Público, respectivamente do Subprocurador Mardem da Costa Pinto¹⁶⁶ e do ex-PGR Cláudio Fonteles¹⁶⁷. Barroso, assim como Cármen Lúcia, também citou o próprio voto no HC nº 126.292.¹⁶⁸

A doutrina também é uma fonte que predomina nos votos, havendo várias citações e menções a juristas estrangeiros e nacionais¹⁶⁹. No uso da doutrina houve predominância da citação de livros sobre revistas acadêmicas.

Além disso, também foram citadas frases filosóficas de personalidades conhecidas. Alexandre de Moraes cita frases de Winston Churchill, Gandhi e Martin Luther King. Fux cita também uma frase de Shakespeare.¹⁷⁰ Barroso menciona Cazuza e cita frase do Bispo Desmond Tutu.¹⁷¹

Observa-se ainda, como já mencionado no tópico acerca das evidências, que número relevante de argumentos não possui fonte ou não foi devidamente referenciado pelos ministros, o que não permite a localização e a avaliação da origem e metodologia de aferimento das informações. Esse baixo rigor científico dialoga também com o usual de peças judiciais, que costumam se manter no discurso retórico e referenciar apenas as comuns citações diretas de doutrina e jurisprudência.

Somente Barroso utiliza, para além das normas, tratados, doutrina e jurisprudência, outros tipos de fonte.

O ministro faz uso de fontes jornalísticas, cita pesquisa da Folha de São Paulo acerca do tempo de tramitação dos recursos nos tribunais superiores e reportagens dos jornais Globo, Uol e Vortex acerca da relação do país com a Organização para a Cooperação e

nacionais, menciona os votos em julgamentos anteriores dos ministros Celso de Mello, Néri da Silveira, Teori Zavascki e Ellen Gracie. No início do voto, faz breve relatório em que menciona as pretensões aduzidas pelo autor e as manifestações da PGR e da AGU. Fux, em seu voto oral, menciona o voto do ministro Francisco Rezek e faz referência ao voto de Barroso, cita também manifestação do ex-PGR Cláudio Fonteles. Barroso menciona os votos de Ellen Gracie, de Teori Zavascki e, como já relatado, o próprio voto no julgamento do HC nº 126.292. Cármen Lúcia, como já colocado, cita os votos de Ellen Gracie (HC nº 84.078), Aldir Passarinho (HC nº 68.037) e o próprio voto no HC nº 126.292.

¹⁶⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.* 2019, p. 15.

¹⁶⁷ FUX, Luiz. *Op. cit.* 2019

¹⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* 2019, pp. 22-23.

¹⁶⁹ Fachin referencia enquanto doutrina Eros Grau; Gilmar Mendes; Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar; Hélio Tornaghi e Francisco de Assis Toledo. Alexandre de Moraes cita enquanto doutrina Canotilho; José Ribas Vieira e Ranieri Lima Resende; Garcia de Enterría e Vital Moreira. Fux, em seu voto oral, menciona enquanto doutrina uma série de juristas nacionais e estrangeiros incluindo Hans Kelsen, Friedrich Muller, Carlos Maximiliano, Eros Grau, Proto Pisani, Rupert Cross, Patrícia Perrone, Frederick Schauer, Michael Gerrard, Michele Taruffo, Konrad Hesse e Peter Haberle. Barroso referencia enquanto doutrina Robert Post e Reva Siegel; Cass Sunstein; Giles, Blackstone e Vining; Daron Acemoglu e James Robinson; e Peter Häberle.

¹⁷⁰ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.* 2019, pp. 12-13.

¹⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* 2019, pp. 5 e 11, respectivamente.

Desenvolvimento Econômico - OCDE. As fontes de jornal foram referenciadas com link para consulta.

Além disso, Barroso utiliza uma série de fontes de instituições governamentais e do judiciário. O ministro menciona dados do DEPEN, do CNJ, do CJP, da Assessoria de Gestão Estratégica do STF, da Presidência do STF, da Coordenadoria de Gestão de Informação do STJ, da Presidência do STJ e da Transparência Internacional. No entanto, exceto os dados do CJP que foram acompanhados de link para consulta, todas essas fontes foram mencionadas sem a devida referência bibliográfica da publicação, dificultando a localização dessas evidências, ademais alguns desses dados sequer estão publicados e disponíveis para consulta.

Verifica-se que o ministro citou ainda pesquisa realizada por seu próprio gabinete.

Digno de nota é que nenhum dos votos analisados utilizou ou mencionou evidências trazidas pelas partes e pelos *amici curiae* do processo. Apenas Barroso mencionou pequena frase dita na sustentação oral do Advogado-Geral da União.¹⁷²

¹⁷² “Vítimas também têm direitos humanos, lembrou da tribuna, em sustentação memorável, o Advogado-Geral da União, Dr. André Mendonça.” (BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* 2019, p. 19)

CAPÍTULO 3: ANÁLISE CRÍTICA DOS RESULTADOS

A análise dos cinco votos contrários à procedência das ADCs nº 43, 44 e 54 propiciou o conhecimento acerca dos argumentos, evidências e fontes utilizadas para movimentar atualmente o debate constitucional pela flexibilização do início da execução da pena no Brasil. Neste capítulo, serão cruzadas as informações obtidas e descritas no capítulo 2, analisando-as criticamente.

Inicialmente, observando o panorama geral dos votos analisados, verifica-se que predominam os argumentos sobre aspectos constitucionais, como interpretação e ponderação de princípios e normas expressas na Constituição, o que é compatível e esperado da posição do STF enquanto tribunal constitucional. No entanto, na interpretação desses aspectos constitucionais, aparece muito mais que apenas o texto da lei, são consideradas as consequências das decisões, o sentimento público acerca de cada posição e ideais pragmáticos.

Verifica-se também que, como já apontado no capítulo anterior, os ministros abordam, em geral, os mesmos argumentos, não havendo grandes inovações em cada voto, mas apenas o acréscimo de um ou dois novos argumentos.

Alexandre de Moraes foi o primeiro da posição contrária a votar. Fachin, em seguida, adicionou o argumento da diferença entre “ser considerado culpado” e “ser preso”, fala sobre o exemplo da lei da ficha limpa e menciona também a questão do estado inconstitucional de coisas no sistema penitenciário. Barroso foi o que mais trouxe argumentos diferentes, focando mais nas evidências e trazendo, por exemplo, o tempo de tramitação dos recursos nos tribunais, o número de recursos nos tribunais superiores, índices de prescrição e os crimes que mais ocupam vagas no sistema carcerário. Fux e Cármen Lúcia retomam as razões contrárias já apresentadas.

Também se vê que, nos votos, não há bom diálogo com as razões divergentes de seus posicionamentos, isto é, as razões favoráveis à procedência da ação, trazidas pelos autores, *amici curiae* e pelos ministros com essa posição. Essas não foram amplamente resgatadas e refutadas, a maioria dos votos aqui analisados resgata apenas um ou dois argumentos do lado oposto, geralmente os de ordem pragmática. Nesse sentido, todos os ministros mencionam a textualidade do art. 5º, LVII, da CFRB, principal argumento favorável, mas não retomam maiores razões constitucionais a respeito da ponderação ou imperatividade desse princípio. Cármen e Fachin refutam o apelo ao estado inconstitucional de coisas do sistema penitenciário decretado pelo Supremo. Barroso e Alexandre falam do impacto sobre os níveis de encarceramento. Todos afastam a existência de impacto sobre os réus pobres.

Dessa forma, verifica-se preferência na reiteração das razões convergentes, ainda que já expostas por outros ministros que aderem ao mesmo posicionamento - contrários à procedência da ação -, havendo repetições argumentativas em detrimento do resgate e do enfrentamento de razões divergentes.

Comparando-se os votos contrários entre si, identifica-se que os votos de Fachin, Alexandre de Moraes e Cármen Lúcia apresentam maior constrangimento argumentativo, se adstrindo mais à lei e colocando os argumentos pragmáticos de forma mais contida. No caso de Fux e Barroso, apresentam menor constrangimento argumentativo, sendo mais explícitos e se concentrando mais nos argumentos pragmáticos e consequenciais.

De modo geral, os votos apresentam fundamentos condizentes com as conclusões adotadas, mas identificam-se algumas contradições que serão mencionadas nos próximos tópicos. Cabe refletir também sobre a legitimidade e adequação das razões e evidências utilizadas.

3.1 Falso giro empírico

Verificou-se que há crescente uso de dados empíricos e preocupação com a aferição da realidade nos julgamentos do STF. Nos votos analisados, Barroso, Fux e Alexandre, o primeiro especialmente, mencionaram essa necessidade e a preocupação com a consideração da realidade prática.

Apesar disso, as petições apresentadas ainda se mantiveram, em sua maior parte, no campo teórico jurídico com o uso de discursos retóricos. Isso é comum em peças jurídicas, conforme já apontado no capítulo anterior. No uso de dados empíricos, entretanto, percebeu-se pouco rigor científico e evidências mal referenciadas. Isso porque os ministros mencionam evidências como “alto índice de prescrição”, “alto índice de impunidade”, “melhora no combate a corrupção” e “diminuição da população carcerária”, mas não trazem dados e pesquisas para comprovar essas afirmações.

Os votos que trazem dados empíricos - predominantemente apenas o de Barroso -, a despeito de terem a preocupação de trazer os números a que se referem, fazem-no com fontes mal referenciadas ou mesmo pesquisas não publicadas, dificultando a verificação dos dados e da metodologia empregada. Ademais, por vezes, utiliza-se um dado para chegar a conclusões que não são condizentes com a pesquisa.

Barroso menciona, por exemplo, que, com a permissão da execução antecipada da pena pelo STF, houve evidente impacto positivo no País com desincentivo aos crimes e melhora no combate a corrupção e, para certificar essa afirmação, traz o dado de que, somente na Operação

Lava-Jato, foram celebrados 250 acordos de colaboração e de leniência.¹⁷³ O ministro não explica, entretanto, a relação entre essas duas variáveis: se esses acordos de colaboração realmente resultaram em esclarecimento dos crimes e restituição aos cofres públicos. Barroso tampouco explicitou se tais dados são referentes apenas ao período após a mudança de entendimento do STF em 2016 e se os casos receberam influência direta desse entendimento, afinal a Operação Lava-Jato foi deflagrada em 2014, antes do novo precedente.

Por outro lado, o ministro menciona também que a percepção da corrupção pelos brasileiros tem piorado, pois o Brasil foi da 69ª posição em 2015 para a 105ª posição em 2018 no ranking entre 180 países, explicitando que o país vive uma epidemia de corrupção e não se pode reverter o entendimento que tem produzido resultados relevantes e favoráveis.¹⁷⁴ A relação desse dado com a execução antecipada da pena também não é explicada, uma vez que essa foi permitida em 2016 e o país continuou caindo de posições no ranking da percepção da corrupção, como apontou o próprio ministro. Verifica-se contradição ao afirmar-se, no voto, que o precedente de 2016 produziu resultados relevantes no combate ao crime e à corrupção e, simultaneamente, que o país vive uma epidemia de violência e de corrupção que só piora.

Barroso cita também pesquisa da Folha de São Paulo que aponta o longo tempo de tramitação do processo até o trânsito em julgado nos tribunais superiores e, com isso, afirma que quem se beneficia da presunção de inocência utilizando-se de recursos protelatórios são os réus com maiores condições financeiras.¹⁷⁵ Contudo, como já apontado no capítulo anterior, a referida pesquisa nada informa sobre quem são os réus que recorrem aos superiores, não sendo possível dizer, com os dados providenciados, que são aqueles com maior poder aquisitivo; tratando-se de afirmação de senso comum.

Além disso, o ministro constata, com números do DEPEN, que os crimes mais comuns que ocupam vagas no sistema carcerário - tráfico de drogas, roubo, homicídio, crimes sexuais e latrocínio -, são “crimes de pessoas pobres”, novamente não há qualquer indicação de que a pesquisa mencione o poder aquisitivo das pessoas presas por esses crimes, sendo afirmação também de senso comum. Ainda utilizando esses dados, Barroso afirma que a maior parte dos presos por esses crimes são preventivos, estando presos bem antes da decisão de 2º grau e não sendo beneficiados pela exigência do trânsito em julgado para início da execução da pena.¹⁷⁶ Os dados trazidos, entretanto, não dizem quantos e quais são os presos preventivos ou

¹⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* 2019, p. 16.

¹⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* 2019, p. 30.

¹⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* 2019, p. 28.

¹⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* 2019, pp. 9-11.

definitivos. Destaca-se também que, em seguida, Barroso menciona o número de presos por furto que seria de 34.330 pessoas. Ocorre que, apesar de o furto não integrar a lista, trazida pelo ministro, dos crimes que mais ocupam o sistema carcerário, o número se mostra maior do que aquele colocado para os crimes contra a dignidade sexual (26.695 pessoas), que entra em quinto na lista mencionada, havendo contradição entre os dados.

O ministro também cita o número de casos prescritos no STJ e STF, num período de dois anos pesquisado, ressaltando que o número seria de quase mil casos, contudo não menciona qual o índice que esse número representa no universo total de casos, não sendo possível concluir se é uma parcela significativa dos casos. Ressalta-se também que utiliza pesquisa do próprio gabinete para chegar a esse número do STF.

Ademais, verificou-se também o uso de recursos como a menção e a exposição de casos concretos e emblemáticos nos quais houve demora na punição, o que apareceu nos votos de Barroso e Fux, em grande destaque, e de Fachin, em menor proporção. Chama atenção o uso desse tipo de evidência, uma vez que se trata de casos particulares, cuja relevância no total de casos não se demonstrou, não havendo, aparentemente, qualquer representatividade geral. Tais casos podem ser então apenas casos específicos e isolados, mas são usados pelos ministros para se tentar demonstrar a existência de alta impunidade e demora na resposta penal, criando comoção e indignação social. Nesse diapasão, verificou-se inclusive erro do ministro Fux ao citar o caso do casal condenado pelo assassinato da menina Isabella Nardoni, que está preso preventivamente desde o início do processo, não sendo afetado pelo julgamento.

Quanto às fontes, além daquelas comuns do Direito como normas, tratados, jurisprudência e doutrina, observou-se o uso de fontes jornalísticas por alguns ministros. Verificou-se também o uso de frases de personalidades simbólicas, como Shakespeare e Winston Churchill. Essas frases filosóficas, todavia, em nada acrescentaram para os argumentos e para o tema e não são normalmente utilizadas em decisões judiciais, sendo observado um uso vazio desses elementos para ostentar erudição.

Em relação aos dados empíricos, foi observada uma tentativa de aferir a realidade, contudo esta se deu mais pelo apelo à autoridade da ciência que de fato pelo uso informado de dados.

Insta salientar que, no entanto, a confiabilidade dos dados apresentados não pôde ser verificada a fundo nessa pesquisa e precisa ser objeto de exame futuro. A ciência foi identificada como importante argumento de autoridade, mas não foi possível confirmar se esta foi utilizada de forma adequada, uma vez que há falhas na referência nos votos analisados.

3.2 Consideração de consequências

Verifica-se também que os votos contrários dão grande atenção às consequências das decisões do tribunal, preocupando-se em demonstrar a eficácia e a validade da prisão após decisão em segunda instância, assim como os efeitos maléficos da proibição da execução antecipada da pena. A consideração de consequências para basear e fundamentar o posicionamento apareceu em todos os votos.

O uso do método de consideração das consequências permite ao juiz mais discricionariedade, ao passo que este passa a analisar não só o texto legal e a jurisprudência, mas os efeitos das decisões.

Nesse sentido, ressalta-se que a consideração das consequências como método de interpretação, aqui tomada pelo conceito de Hassemer, não diz respeito a qualquer menção mínima a consequências de uma deliberação em detrimento de outra. Todas as decisões penais têm e precisam ter consequências penais, sendo essas expressas e antevistas muitas vezes na doutrina, na lei e na própria decisão, como, por exemplo, os efeitos de imposição de pena, de sequestro de bens, de suspensão do processo, efeitos não-penais da condenação, o próprio esclarecimento da imputação entre outros.¹⁷⁷

Todas as decisões, em certa medida, possuem consequências antevistas que são consideradas no processo decisório. A própria força de precedente que tende a vincular o tribunal à mesma decisão em futuros casos análogos é uma consequência interna ao direito, antevista e considerada nas decisões.¹⁷⁸ No caso do tribunal constitucional, a força do precedente é ainda maior uma vez que pode vincular também os demais tribunais pátrios.

Para o conceito de consideração de consequências como método interpretativo, leva-se em conta, então, não o mero uso de consequências internas e jurídicas comuns e sempre antevistas, mas a observação de consequências externas, situações futuras que surgiriam como efeito da decisão.¹⁷⁹ Tais situações devem ser observáveis com instrumentos da metodologia empírica, isto é, devem ser passíveis de descrição empírica. Hassemer sugere que situações são empiricamente apreensíveis quando permeáveis ao uso de indicadores para analisá-las e descrevê-las.¹⁸⁰

¹⁷⁷ HASSEMER, Winfried. Sobre a consideração das consequências na interpretação da Lei Penal. In: *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política*. Org. e rev. Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos; tradução Adriana Beckman Meirelles et. al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, p. 137.

¹⁷⁸ HASSEMER, *Op. cit.*, 2008, pp. 139 e 154

¹⁷⁹ HASSEMER, *Op. cit.*, 2008, p. 155

¹⁸⁰ HASSEMER, *Op. cit.*, 2008, p. 156

Por conta dessa necessidade de descrever empiricamente as consequências é que se instalou uma verdadeira disputa de domínio dos dados. Como visto no julgamento analisado, cada lado busca trazer evidências empíricas pertinentes e favoráveis ao seu posicionamento, mas, como mencionado no tópico anterior, os dados empíricos foram utilizados nos votos contrários mais pelo argumento de autoridade da ciência, sem o devido rigor científico e referência. O problema dessa disputa de dados é que esses são, muitas vezes, pouco precisos e facilmente manipuláveis. Havendo lacunas nos dados que fundamentam as decisões, é possível que haja efeitos negativos para o réu - como aumento de pena - determinados com base em avaliação de consequências falsas ou não confirmadas.

Para caracterizar o método de interpretação, além do uso de consequências externas, é necessário que a análise dessas consequências seja recurso decisivo para a escolha de uma determinada interpretação da lei, isto é, trata-se do uso de consequências externas como base substancial e preponderante para a tomada de decisões judiciais.¹⁸¹

Delimitado o conceito, ressalta-se que a consideração de consequências pode propiciar um direito flexível, planejado e próximo da realidade como prometem seus defensores¹⁸², mas pode também levar a caminhos perigosos se feita de forma irrestrita.

As objeções mais evidentes levantadas quanto à consideração das consequências nas decisões judiciais são, segundo Hassemer: (i) a ampliação da margem de discricionariedade judicial, (ii) o conhecimento insuficiente sobre as consequências, (iii) a falta de domínio das consequências por meios judiciais e (iv) a incompetência judicial para responder pelas consequências num sistema com separação de poderes.¹⁸³

Um dos problemas da consideração de consequências seria, portanto, a definição dos limites a respeito de seu uso, até que nível é lícito que as consequências influam na interpretação da lei?

Caso irrestrito, o uso de consequências como maior determinante para decisões judiciais permite ao juiz uma discricionariedade típica dos poderes legislativo e executivo de definir políticas públicas realizando verdadeiras análises de custo-benefício e culminando em escolhas políticas. À diferença do legislativo e executivo que são representantes diretos do povo, eleitos para tomar esse tipo de decisão, o judiciário não deve definir políticas públicas, mas resguardar a aplicação da lei, sob pena de se violar a divisão de poderes que propicia o equilíbrio da democracia.

¹⁸¹ HASSEMER, *Op. cit.*, 2008, p. 153

¹⁸² HASSEMER, *Op. cit.*, 2008, p. 134

¹⁸³ HASSEMER, *Op. cit.*, 2008, p. 135

É inadmissível, portanto, por força do princípio da legalidade que, com a consideração das consequências, se ultrapasse os limites semânticos da norma, isto é, que se permita que as presumidas consequências pesem mais que o texto legal e constitucional. A dificuldade, segundo Hassemer, é que o Direito não pode garantir realmente que esse limite não seja ultrapassado, uma vez que não existe um limite objetivo, esse é definido na própria atividade interpretativa, abrindo margem para ilegalidades.¹⁸⁴

Essa tendência abarca não só a postura do judiciário que passa a tomar decisões de conveniência, mas também a própria elaboração da lei penal pelo legislativo. Ao invés da tradicional e necessária busca pelo texto legal mais completo e exato no âmbito do Direito Penal, passam-se a aprovar normas genéricas, vagas e subjetivas, que deixam claro apenas em parte o que o legislador pretende, confiando o resto à atividade interpretativa.¹⁸⁵

Exemplo dessa vagueza são os conceitos de “defesa da ordem jurídica”, “exigência de ordem pública”, “interesse público na persecução penal”, “confiança e credibilidade das instituições”. São expressões tão flexíveis e genéricas que permitem ao juiz uma escolha política de efetividade, levando em conta posicionamentos pessoais ou políticos sobre o que é melhor para a sociedade. Hassemer aponta que a elaboração legislativa incentiva a consideração das consequências por meio da prognose e da incerteza:

Tanto a aptidão da imposição de obrigações e regras de conduta para suplantar o interesse público na persecução penal quanto a afirmação da indisponibilidade da aplicação e do cumprimento de uma pena privativa da liberdade para a defesa da ordem jurídica trabalham com elementos de um tipo penal que descreve as consequências desejadas pelo legislador penal apenas esquematicamente. Ninguém poderá saber quando e como exatamente a ordem jurídica estará defendida ou o interesse público na persecução penal “realmente” poderá ser contornado. Incerteza e prognose se fortalecem mutuamente e esse fortalecimento garante ao juiz penal seu espaço de criação do Direito. As incertezas dessas decisões, assim como de qualquer decisão sobre prognose, são coroadas de êxito exatamente porque seus objetivos, cujo atingimento precisa ser presumido, permanecem nebulosos.¹⁸⁶

Dessa forma, utilizam-se conceitos, como os mencionados acima, que se referem a situações que não são passíveis de descrição empírica, dissimulados por uma linguagem

¹⁸⁴ HASSEMER, *Op. cit.*, 2008, p. 159

¹⁸⁵ HASSEMER, *Op. cit.*, 2008, pp. 143-145

¹⁸⁶ HASSEMER, *Op. cit.*, 2008, p. 145

desprovida de precisão e transparência que falsamente dão a aparência de serem empiricamente apreensíveis.¹⁸⁷

Sobre a defesa da ordem jurídica, por exemplo, expressão amplamente utilizada atualmente, Hassemer conclui que seria necessário precisar indicadores isoláveis e apreensíveis para apurar a confiança da população no ordenamento jurídico e nas instituições judiciais, fixando limites e margens de tolerância; o que se mostra uma previsão inalcançável. Ademais, sendo um conceito presente na legislação, deveria ser determinado com critérios objetivos pelo próprio legislador, não se podendo cobrar do juiz uma criação acerca dos meios de aferição e defesa da ordem jurídica.¹⁸⁸

Nos votos analisados, percebe-se essa utilização de conceitos vagos. Barroso menciona que a execução antecipada da pena seria “exigência de ordem pública” para assegurar o funcionamento e credibilidade do sistema de justiça.¹⁸⁹ Cármen Lúcia¹⁹⁰ menciona o enfraquecimento do sistema de justiça. Alexandre de Moraes menciona a necessidade de fortalecimento do ordenamento jurídico e a violação do “esquema organizatório-funcional” da Constituição¹⁹¹. Fux¹⁹² cita o interesse público e Fachin menciona a falta de “efeito persuasivo” no precedente do STF de 2009 que impossibilitou a execução provisória da pena.¹⁹³ São justificativas imprecisas e vazias que não descrevem situação realmente verificável.

A tendência a análises de custo-benefício no Direito Penal é então impulsionada pela legislação genérica e pela concepção das consequências irrestrita. Consideram-se, assim, não só os custos e benefícios para as partes do caso concreto, mas principalmente para a sociedade em geral em detrimento do particular. Passa-se a cobrar um Direito Penal que produza resultados desejáveis para a sociedade, efetividade é a tônica dessa tendência.

Se se extraem todas as consequências dessa tendência para o plano da política do Direito, o Direito penal passa a ser visto como "um superinstrumento da política social e econômica". Da perspectiva da teoria do Direito, essa tendência traz consigo uma irrupção tempestuosa da teoria preventiva da pena; metodologicamente, ela traz a consolidação da concepção das consequências. A legitimação do Direito penal "correto" provém menos da correção e pureza de suas leis e normas e mais de sua aptidão para produzir consequências desejadas, solucionar conflitos e ter influência

¹⁸⁷ HASSEMER, *Op. cit.*, 2008, p. 157

¹⁸⁸ HASSEMER, *Op. cit.*, 2008, p. 165

¹⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* 2019, pp. 9-11

¹⁹⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. cit.* 2019

¹⁹¹ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.* 2019, pp. 21-22

¹⁹² FUX, Luiz. *Op. cit.* 2019

¹⁹³ FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.* 2019, p. 6

sobre a criminalidade. Efetividade e economia convertem-se em definições centrais para a Política criminal.¹⁹⁴

Nesse diapasão, Hassemer aponta também a utilização do princípio da proporcionalidade para justificar um balanceamento irreal de normas que desagua numa análise de consequências, como se, caso apontado o maior benefício de uma norma para a sociedade, pudesse se ignorar a existência da outra. Assim, “*o princípio da legalidade cede no interesse da segurança pública, os limites das provas ilícitas (§ 136a CPP) e o direito de acesso do defensor (§ 148 CPP) são relativizados no interesse de uma vida humana*”¹⁹⁵. Permite-se a ponderação do interesse da coletividade com o direito do particular, flexibilizando-se direitos individuais e garantias fundamentais.

Nos votos analisados, verifica-se essa forma nociva de consideração das consequências. Em suma, todos os votos, mais explícita ou implicitamente, fazem análise de custo-benefício da decisão, verificam se o custo de prender antes do trânsito em julgado - possibilidade de prender um inocente, mitigação das garantias do réu -, vale o benefício para a sociedade - maior efetividade penal, presumida diminuição da violência e da corrupção.

Cármen Lúcia, conforme apontado no capítulo anterior, menciona que a eficácia do direito penal se dá pela certeza da punição, e que, apesar de haver o direito daqueles que erraram, há também o direito da vítima e da sociedade, que tem interesse na persecução penal. Ressalta ainda que a incerteza da punição fomenta mais crimes, ofende a vítima e enfraquece o sistema de justiça e menciona o pacto social, pelo qual a sociedade confia poder no Estado para promover segurança e paz social.¹⁹⁶ Há, portanto, uma ponderação entre os direitos, custos e benefícios para o réu e para a sociedade, recebendo maior ênfase o interesse desta última, que sai vitoriosa na avaliação.

Fux menciona a credibilidade do sistema de justiça e do país, fala da preocupação com investimentos estrangeiros e diz que o país não pode se isolar, ressalta ainda que um sistema eficiente é aquele que prende após a decisão de segunda instância.¹⁹⁷ Aqui traz-se ainda uma consequência mais distante e pouco verificável, a diminuição de credibilidade do país e de investimentos estrangeiros caso se entenda pela presunção de inocência até o trânsito em julgado. Barroso também menciona a preocupação com a visão que os países desenvolvidos

¹⁹⁴ HASSEMER, *Op. cit.*, 2008, p. 142

¹⁹⁵ HASSEMER, *Op. cit.*, 2008, p. 167

¹⁹⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. cit.* 2019

¹⁹⁷ FUX, Luiz. *Op. cit.* 2019

têm do Brasil e colaciona notícias sobre o posicionamento da OCDE.¹⁹⁸ Na ponderação entre o direito do réu e os supostos efeitos econômicos no país, a economia recebe maior relevância.

Fachin destaca que o direito penal é também instrumento de proteção a direitos fundamentais, e que é necessário ponderar a presunção de inocência com a efetividade penal. Menciona também que o Brasil tem sido questionado internacionalmente por sua ineficácia penal.¹⁹⁹ Aqui também se pondera o direito do réu com o interesse da sociedade, prevalecendo o último.

Alexandre aponta que o entendimento pela execução antecipada da pena não causou impactos significativos no sistema penitenciário e que leva à melhora no combate à corrupção.²⁰⁰ No interesse de combate aos crimes de colarinho branco, novamente os direitos individuais ficaram vencidos.

Barroso, por sua vez, fala da necessidade de efetividade do sistema, de uma razoável duração do processo e do combate à impunidade e à corrupção. O ministro menciona ainda preocupação com a visão que a sociedade tem do STF e a credibilidade do sistema de justiça.²⁰¹ Além disso, Barroso e Fachin frisam ainda que o direito penal também é instrumento de proteção de direitos fundamentais e que, portanto, a aplicação das normas penais não é punitivismo, mas sim ato desejável e necessário para proteger o direito das vítimas.²⁰²

Barroso menciona uma série de dados a indicarem a ocorrência de consequências indesejáveis, como longa duração dos processos e demora na punição, prescrição dos crimes e piora no combate à corrupção.²⁰³ O ministro, além de Fux, menciona também que há índice ínfimo de reforma das condenações e penas nos tribunais superiores, ou seja, o custo para a sociedade de suportar essas consequências não valeria o benefício mínimo para os particulares nas poucas reformas nos tribunais superiores, novamente prevalece o interesse punitivo da sociedade. A esse respeito, Fux ressalta ainda que nenhuma atividade tem risco zero e compara o Direito com a engenharia e a medicina, aduzindo que o percentual mínimo de reforma é risco de erro normal a ser suportado em favor do interesse maior da sociedade.²⁰⁴

Como se vê, trata-se de verdadeiro juízo de conveniência, como se o tribunal tivesse papel semelhante ao da administração pública ou do legislativo, podendo optar e definir

¹⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* 2019, pp. 32-34

¹⁹⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.* 2019, p. 4

²⁰⁰ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.* 2019, pp. 16-17

²⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* 2019, pp. 21-22 e 31

²⁰² BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* 2019, p. 19 e FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.* 2019, pp. 3-4 e 25

²⁰³ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* 2019, pp. 27-30

²⁰⁴ FUX, Luiz. *Op. cit.* 2019

políticas públicas. A consideração das consequências dessa forma tem uma ambivalência político-jurídica que possibilita justificar qualquer escolha ou posicionamento sem base firme na lei, servindo a fundamentar a ampliação dos poderes de intervenção do Estado em certos casos e amparar a renúncia à intervenção em outros.²⁰⁵

Essa postura nociva ameaça o princípio da legalidade, especialmente caro ao Direito Penal e fundamental ao Estado de Direito, que é completamente violado em favor da consideração de consequências não confirmadas, legitimando os magistrados a tomarem decisões de conveniência cujas motivações não são claras. Restringir a reserva legal só seria admissível se previstos critérios em norma pública e precisa.²⁰⁶

O Estado de Direito só é pleno com leis e princípios fortes e irrenunciáveis, que “*não podem sobreviver se, no momento da interpretação das leis penais, puderem ser instrumentalizados a serviço das consequências.*”²⁰⁷ Os direitos fundamentais perdem sua característica se podem suportar mitigações, mesmo que em momentos de crise. Ou são fundamentais e irrenunciáveis ao sistema jurídico ou não são. Hassemer ressalta que “*Essas normas não estarão inteiramente compreendidas se puderem ser encaradas ora como normas imperativas ora como normas de valoração.*”²⁰⁸

A operacionalização do Direito, em uma postura utilitarista, a serviço das consequências não é condizente com o Estado Democrático de Direito. O Direito Penal pode dominar e controlar uma parcela muito pequena das consequências reais, não se podendo operacionalizar a interpretação da lei em favor de efeitos pouco afirmáveis. Ao contrário, o Direito deve se prestar a resguardar os direitos individuais contra restrições ilegítimas e desproporcionais.²⁰⁹

3.3 Argumentos de princípio e argumentos de política.

Como visto, todos os votos contrários fazem ponderação entre os princípios constitucionais que identificam como conflitantes: a presunção de inocência e a efetividade da tutela penal. Assim, colocando esses princípios no mesmo patamar, trazem razões, principalmente consequenciais, como abordado no tópico anterior, sobre porque a efetividade deve prevalecer.

²⁰⁵ HASSEMER, *Op. cit.*, 2008, p. 168

²⁰⁶ HASSEMER, *Op. cit.*, 2008, p. 168

²⁰⁷ HASSEMER, *Op. cit.*, 2008, p. 168

²⁰⁸ HASSEMER, *Op. cit.*, 2008, p. 169

²⁰⁹ HASSEMER, *Op. cit.*, 2008, p. 169

Ocorre que esses princípios nem sequer poderiam ser colocados no mesmo patamar e ponderados dessa forma. A esse respeito, vale analisar os votos por meio da distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política feita por Dworkin.

Os votos contrários à procedência da ação tratam, em geral, sobre o tema da execução antecipada da pena como uma medida necessária ao funcionamento e efetividade do sistema penal, enfatizando a análise da realidade prática e a impunidade no país, como apontado no capítulo anterior. Isto posto, cabe questionar se estes argumentos são válidos para decidir o caso, afinal como os juízes decidem e devem decidir casos controversos?

Nesse sentido, Dworkin distingue argumentos de política, que podem embasar decisões políticas, mas não jurídicas; e argumentos de princípio, que podem embasar decisões políticas ou jurídicas.²¹⁰

Não se nega que a Política e o Direito sejam âmbitos profundamente interligados, mas refuta-se a ideia de que são a mesma coisa, quase intercambiáveis. É claro que as decisões judiciais produzem efeitos políticos na medida em que agradam algum grupo e desagradam outros. Não se argue aqui a inexistência de ligação entre o Direito e a Política, mas apenas uma diferenciação e mínima separação entre eles.²¹¹

O tipo de argumento de política é baseado em objetivos a serem alcançados, trata de uma escolha que trará melhora econômica, política ou social para a sociedade, um ideal para alcançar maior bem-estar social. Já os argumentos de princípios são baseados em direitos, tratam de resguardar pessoas específicas, mesmo que haja prejuízo para o bem-estar da sociedade, são exigências morais de justiça ou equidade.²¹²

Tem-se, portanto, que os argumentos de política, que envolvem análise estratégica dos benefícios para a sociedade, são típicos do discurso legislativo, que como representante do povo pode fazer esse tipo de escolha. O judiciário, por sua vez, não possui a mesma prerrogativa, devendo tomar suas decisões com base em princípios.²¹³

Os votos analisados, não obstante, são repletos de argumentos de política, como o enfraquecimento da justiça criminal, a grande impunidade, a falta de credibilidade das instituições e a dificuldade no combate à corrupção, entre outros já mencionados, demonstrando

²¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1ª ed., 2000, pp. X, 6 e 17.

²¹¹ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 2000, p. IX.

²¹² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1ª ed., 2002, p. 36 e DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 2000, p. IX.

²¹³ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 2000, pp. X, 6 e 17.

que o entendimento jurisprudencial pela execução antecipada da pena nesses termos não seria admissível segundo o conceito de Dworkin.

No tópico anterior, já foram mencionados uma série de argumentos que fizeram análise de consequências considerando o custo para a sociedade. Além desses, que já configuram argumentos de política, tem-se os argumentos que Barroso denomina como pragmáticos e que também esbarram nesse óbice.

Como se vê, todos os ministros fizeram menções ao combate à corrupção e impunidade. Cármen Lúcia²¹⁴, Fux²¹⁵ e Barroso²¹⁶ alegam que aqueles que são beneficiados pela presunção de inocência são réus com maior poder aquisitivo, condenados por crimes de colarinho branco e que dispõem de meios para abusar de todo um rebuscado sistema recursal para prescrever seus crimes, e não os réus mais pobres. Fachin fala da falta de credibilidade das instituições.²¹⁷ Alexandre de Moraes, por sua vez, aponta que o posicionamento do STF em 2016 produziu grande evolução no efetivo combate à corrupção no Brasil.²¹⁸

Essa atenção dada pelos ministros aos crimes de colarinho branco tem relação direta com a tramitação da Operação Lava-Jato, cujos processos se busca atingir com a decisão acerca da execução provisória da pena, dado o momento histórico e político do país em que há grande pressão pública e midiática a respeito do combate à corrupção e da manutenção da prisão do ex-presidente Lula.²¹⁹

Ressalta-se ainda que os votos se preocuparam em mencionar o clamor público a respeito do tema. Aqui aponta-se uma contradição, pois, apesar de todos os ministros tentarem afastar a sucumbência do Tribunal à pressão pública, muitos alegam a necessidade de considerar o “sentimento do povo”. Barroso e Fux são mais explícitos nessa consideração, como já apontado. Barroso afirma que se preocupa com a imagem que a sociedade tem do Supremo e que se deve identificar o sentimento social acerca da questão, enfatizando que esse é diferente do clamor público.²²⁰ Fux salienta que o Tribunal deve levar em consideração o sentimento constitucional do povo e que isto é diferente de ser pressionado pela opinião pública, o ministro menciona ainda que se verifica atualmente que a mídia reproduz o sentimento social.²²¹

²¹⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. cit.* 2019

²¹⁵ FUX, Luiz. *Op. cit.* 2019

²¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* 2019, p. 10.

²¹⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.* 2019, p. 12.

²¹⁸ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.* 2019, p. 17.

²¹⁹ FERREIRA, Luísa Rodrigues. *Execução provisória da pena: análise dos argumentos da Suprema Corte à luz da teoria de Dworkin*. 74 f. Monografia (graduação) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2016, p. 58

²²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* 2019, p. 13.

²²¹ FUX, Luiz. *Op. cit.* 2019.

A legitimidade da ordem constitucional, fundada na soberania popular, parece ser confundida com representação e o papel contramajoritário do judiciário é mitigado ao passo que os julgadores demonstram cada vez mais intimidação pela opinião pública. Percebe-se uma transferência de procedimentos políticos para o âmbito judicial, embaraçando a devida divisão de poderes.

Ademais, a presunção de inocência não é, todavia, a causa, nem sua restrição seria a solução, da inefetividade penal, dos recursos protelatórios e da corrupção que geram comoção e indignação social com a impunidade. Não é esse direito individual que frustra o combate ao crime, tampouco sua limitação solucionará o problema. Como, ressaltado por Celso de Mello, em seu voto nas ADCs, a solução para esses problemas “(...) *há de ser encontrada na reformulação do sistema processual e na busca de meios que, adotados pelo Poder Legislativo, confirmem maior coeficiente de racionalidade ao modelo recursal, mas não, como se pretende, na inaceitável desconsideração de um dos direitos fundamentais*”²²².

A impunidade é questão que deve ser tratada pelo legislativo, não podendo o judiciário utilizá-la como argumento, especialmente para justificar lesão a direito fundamental.

Assim, tendo como base a distinção conceitual proposta por Dworkin, pode-se concluir que a efetividade da jurisdição penal não poderia ter sido utilizada pelos ministros da forma que foi. Isso porque a efetividade penal não é propriamente um princípio, pois desencadeia argumentos políticos, não podendo ser ponderada, em nível de igualdade, com a presunção de inocência, que tem real caráter de princípio, descrevendo um direito individual e fundamental de justiça.²²³

Somente a nomeação de determinado objetivo como princípio não tem o condão de transformar sua característica de objetivo em principiológica; havendo, mesmo com o nome, uma distinção clara.

“Percebe-se, pois, que, para Dworkin, argumentos de princípio não se confundem com argumentos que simplesmente invocam um dos princípios estabelecidos na nossa Constituição. Pelo contrário, nossa Carta Magna positivou várias cláusulas que não obstante serem denominadas como princípio pela doutrina em razão de sua abstração, na verdade desencadeiam argumentos de política. O simples fato de o art. 37 da lei fundamental preceituar que a Administração Pública obedecerá ao princípio da eficiência não tem o condão de transformar um argumento de política que o mencione

²²² MELLO FILHO, José Celso de. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 43*. 2019, p. 38. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf>>. Acesso em 07 fev. 2020.

²²³ FERREIRA, Luísa Rodrigues. *Op. cit.*, 2016, p. 58

em um argumento de princípio. (...) Os princípios, no pensamento dworkiano, são extraídos a partir de uma reconstrução dos valores morais que animam a prática jurídica, não sendo possível transformar uma razão teleológica em princípio apenas por designá-la como tal.²²⁴

Assim, a efetividade da tutela jurisdicional penal não é, nessa perspectiva, propriamente um princípio, pois trata de um objetivo social, um ideal na busca por segurança e paz social, como mencionou Cármen Lúcia; configura, portanto, uma diretriz política, servindo a amparar apenas argumentos políticos, mesmo que seja nomeada como princípio.

A efetividade penal, como tem caráter político, não pode ser posta no mesmo patamar da presunção de inocência, impossibilitando-se a realização de ponderação entre elas. A ponderação entre essas duas razões significaria colocar no mesmo nível um direito e um interesse. Ressalta-se, nessa esteira, que as pessoas não possuem propriamente um direito, reclamável por meio jurídico, em ver os réus presos o quanto antes, há somente um interesse da comunidade em ver combatida a impunidade e ter eficácia penal.²²⁵ Feita essa distinção, as políticas devem sempre ceder aos princípios no meio jurídico, mesmo que haja custo para o interesse social.

Nos votos contrários, além da realização da ponderação que, sob essa perspectiva, é errônea, utiliza-se o princípio da proporcionalidade para alegar que é vedado tanto o excesso na punição quanto, igualmente, a proteção deficiente. Dworkin explicita, no entanto, que a restrição de um direito é muito mais grave que sua inflação. Em se tratando de direitos fundamentais expressos na Constituição, tem-se fundamentos irrenunciáveis ao Estado de Direito que dizem respeito à própria dignidade humana, a sua violação seria, portanto, negar a um ser humano a mesma dignidade que possuem seus iguais.²²⁶

Igualar a restrição de um direito individual à sua inflação é então inadmissível em um Estado Democrático de Direito baseado na instituição de direitos fundamentais que traçam um patamar civilizatório irrenunciável correspondente ao respeito à dignidade humana.²²⁷ Deve a sociedade suportar os ônus dessas garantias fundamentais.

²²⁴ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *Capítulo 4 – Juízes neoconstitucionalistas*. In: *O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito*. 217 f.. Tese (doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012, p. 113

²²⁵ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *Op cit.*, 2012, p. 114

²²⁶ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 2002, p. 305

²²⁷ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 2002, pp. 305-306

A instituição de direitos baseia-se na convicção de que isso é uma grave injustiça e que vale a pena arcar com o custo adicional, em política social ou eficiência, necessário para impedir sua ocorrência. Mas se é assim, deve ser errado afirmar que a inflação dos direitos é tão grave quanto sua violação. Se o governo erra do lado do indivíduo, simplesmente paga um pouco mais em eficiência social do que deveria pagar; em outras palavras, paga um pouco mais da mesma moeda que já tinha decidido gastar. Se, no entanto, o governo erra contra o indivíduo, infringe-lhe um insulto que, para ser evitado, envolveria um custo ainda maior em termos de eficiência social, de acordo com as ponderações do próprio governo.²²⁸

Havendo direitos individuais reconhecidos pelo Estado, não se pode restringi-los e violá-los por mera conveniência social. O fato de haver um elevado custo para a sociedade para assegurar a plenitude de um direito não pode ser razão para descartá-lo, pois, se este direito subsiste apenas enquanto se mostra conveniente ao Estado, fica evidente que sequer foi realmente reconhecido pelo ordenamento.²²⁹

O Direito Processual Penal se insere no cerne dessa controvérsia. Como colocado no primeiro capítulo, tem-se, no âmbito da política criminal, uma tensão e disputa constante entre visões punitivistas e garantistas. Ademais, esse campo recebe especial atenção da população e da mídia, uma vez que se tem em conta os maiores direitos e interesses do indivíduo, já que se lida com a própria liberdade de ir e vir.

Assim, o Direito Processual Penal é incorporado para garantir direitos ao réu em face do poder estatal e não o contrário, trata-se de campo voltado à proteção da liberdade e da dignidade humana. O processo penal tem fim instrumental de apurar os crimes e puni-los, como ressaltaram Barroso e Fachin, no intuito de promover segurança e paz social, contudo os ministros deixaram de considerar que o processo penal também tem importante fim metodológico de garantir os direitos do réu, especialmente a liberdade e dignidade, resguardando-o contra o poder punitivo do Estado.²³⁰

Esse direito do réu provém simplesmente de sua condição de ser humano, que, reconhecido como igual, deve ter sua dignidade protegida. Nesse sentido é que se diz que é preferível a liberdade de um grande número de culpados à prisão de um inocente²³¹, trata-se da

²²⁸ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 2002, pp. 305-306

²²⁹ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 2002, p. 307

²³⁰ PELUSO, Cezar. *Presunção de inocência: é preciso entender a grandeza do princípio*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 21, 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/52364/e-preciso-entender-a-grandeza-do-principio-da-presuncao-de-inocencia>>. Acesso em: 07 fev. 2020.

²³¹ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 2002, p. 306

impossibilidade de balanceamento do interesse social na punição com os direitos individuais do cidadão que responde a processo penal.

Não se pode admitir, portanto, que o Direito se confunda com política, permitindo aos juízes que tomem decisões caracteristicamente políticas, fazendo escolhas estratégicas para o bem-estar social, sob pena de se violar completamente o processo democrático que reserva aos representantes eleitos - legislativo e executivo - a definição de políticas públicas. Aos juízes cabe a tomada de decisões baseadas em leis postas pelo legislativo, levando em conta as regras e princípios postos.

Decisões que envolvem análises de objetivos políticos, como a definição de meios para acabar a impunidade, aumentar a eficácia do sistema penal e combater a corrupção, devem ser tomadas pelo legislativo, porque estabelecem direitos políticos e não jurídicos. Somente após essa intermediação do legislativo, é que o judiciário poderá aplicar os critérios e regras definidas e postas por aquele poder para atingir tais objetivos.²³²

Dessa forma, identifica-se que, nos votos analisados, o interesse da coletividade em ver efetivada a punição penal se sobrepôs ao direito do réu à presunção de inocência, havendo uso de argumentos de política em detrimento de argumentos de princípio.

²³² GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *Op cit.*, 2012, p. 114

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988, que representou o grande marco para a instalação de um Estado Democrático de Direito no Brasil, trouxe para o âmbito constitucional garantias processuais penais, atribuindo-lhes o status de direito fundamental. Dentre elas, o princípio da presunção de inocência.

O reconhecimento constitucional dessas garantias veio em oposição e contraponto ao momento histórico anterior, de governo autoritário e ditatorial, no qual grande parte desses direitos fundamentais não eram respeitados.

Apesar do paradigma garantista da Constituição, no campo penal houve e sempre haverá disputa constante entre visões garantistas e punitivistas, sendo a prevalência de determinada visão na política criminal intimamente relacionada com o momento político.

O judiciário é também influenciado por essa disputa. Quanto à execução antecipada da pena privativa de liberdade, a posição do Supremo Tribunal Federal varia desde a promulgação da Constituição de 1988, sendo ponto de instabilidade que gera debates intensos na sociedade.

Especialmente nos últimos dez anos, esse tema ganhou maior relevância, aparecendo constantemente na agenda do tribunal constitucional. Nesse período houve três guinadas jurisprudenciais na matéria: em 2009, o Tribunal entendeu pela inconstitucionalidade da prisão antes do trânsito em julgado, que até então era aplicada; em 2016, o STF voltou ao entendimento pela legalidade da execução antecipada da pena; e, por fim, recentemente, em 2019, esse entendimento foi novamente revertido no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54.

Neste trabalho, foram analisados os cinco votos contrários à procedência das ADCs nesse último julgamento, o que propiciou o conhecimento acerca dos argumentos, evidências e fontes utilizadas para movimentar atualmente o debate constitucional acerca da flexibilização do início da execução da pena no Brasil.

Os votos contrários abordaram, em geral, os mesmos argumentos e houve pouco diálogo com as razões divergentes de seus posicionamentos, isto é, as razões favoráveis à procedência da ação, trazidas pelos autores, *amici curiae* e pelos ministros com essa posição. Observou-se que os ministros optaram, em geral, pela reiteração de argumentos convenientes em detrimento da refutação de argumentos divergentes.

Os principais argumentos abordados nesses votos foram divididos em quatro grupos temáticos: (1) a trajetória dos entendimentos do tribunal e a impossibilidade de nova mudança,

neste ponto os ministros argumentaram pelo respeito aos precedentes e pela ausência de mudança social que justificasse uma nova guinada jurisprudencial.

(2) Compatibilidade da presunção de inocência com a execução antecipada da pena, nesse grupo se encontram os principais argumentos jurídicos dos votos contrários. Os votos fizeram distinção entre ser considerado culpado e ser preso; levantaram quais seriam as decorrências da presunção de inocência - como a obrigação do ônus probatório para a acusação -, evidenciando que essas não incluiriam a proibição de prisão antes do trânsito em julgado; mencionaram ainda a ausência de efeito suspensivo e de exame fático-probatório nos Recursos Extraordinários e Especiais; e citaram também os tratados internacionais nos quais se expressa a presunção de inocência, explicitando que esses não exigem o trânsito em julgado.

(3) Ponderação do princípio da presunção de inocência com os demais, especialmente com a efetividade penal e a razoável duração do processo, a esse respeito os ministros mencionaram que os princípios não são absolutos e sempre têm de ser balanceados com os demais, assim utilizaram o princípio da proporcionalidade para fazer essa ponderação argumentando que se veda tanto o excesso quanto a proteção deficiente, não se podendo permitir a ineficiência penal; citaram ainda que o sistema penal também é instrumento de proteção de direitos fundamentais, devendo-se levar em conta o direito das vítimas.

(4) Ideais pragmáticos, neste grupo são inseridos argumentos sobre a “epidemia” de corrupção no país e a necessidade da execução antecipada da pena para combater a impunidade e resgatar a credibilidade das instituições; os ministros citaram ainda que a garantia até o trânsito em julgado serve para acobertar somente os réus com alto poder aquisitivo que podem arcar com o processo nos tribunais superiores; e se preocuparam também em afastar a ideia de que o Tribunal estaria sendo influenciado pela opinião pública, mas, apesar disso, mencionaram considerar o sentimento constitucional do povo.

Constatou-se então que os votos interpretaram os princípios constitucionais considerando não só elementos jurídicos - como normas nacionais e internacionais -, mas também as consequências da decisão, o sentimento público e ideais pragmáticos.

As razões utilizadas revelaram relação com a instabilidade política atual, havendo preocupação com a ineficácia do sistema penal, com segurança pública e com o combate aos crimes de colarinho branco, esse último relacionado à tramitação da Operação Lava-Jato, cujos processos se buscava atingir com a decisão acerca da execução provisória da pena.

Por uma alegada necessidade de se considerar a realidade prática, os votos contrários dão grande atenção às consequências das decisões do tribunal. Essa consideração de

consequências foi explorada sob o conceito e perspectiva de Hassemer, revelando-se que os votos realizaram verdadeiras análises de custo-benefício.

Assim, os ministros ultrapassaram o limite semântico da norma e passaram a colocar os benefícios para a sociedade - aqui inserem o combate à impunidade e a eficiência penal - como mais relevantes que os custos para o particular - preso antes do fim da tramitação de seus recursos.

Percebeu-se, nessa postura, a usurpação de procedimentos típicos do legislativo e executivo, poderes eleitos diretamente pelo povo que podem definir políticas públicas e fazer tais análises de conveniência. O judiciário, por outro lado, tem papel contramajoritário, devendo resguardar o respeito aos direitos consagrados em lei.

Identificou-se também o uso de conceitos vagos, que se referem a situações que não são passíveis de descrição empírica dissimuladas por uma linguagem desprovida de precisão, como *exigência de ordem pública e credibilidade das instituições*. Conceitos esses que são introduzidos por uma elaboração de normas genéricas e subjetivas pelo legislador que, dessa forma, delega à atividade interpretativa o poder de completá-las.

Constatou-se, portanto, que os votos contrários à procedência no julgamento das ADCs nº 43, 44 e 54 são marcados por uma operacionalização da interpretação da lei a serviço de consequências pouco aferíveis e afirmáveis, levando ao proferimento de decisões de conveniência, cujas motivações não são claras. Essa postura utilitarista ameaça o princípio da legalidade, violando a divisão de poderes e a segurança jurídica, e não é compatível com o Estado Democrático de Direito.

Também se examinou os votos sob a perspectiva da distinção entre argumentos de política e de princípio proposta por Dworkin. Neste ponto, constatou-se que os votos analisados apresentam uma série de argumentos que se caracterizam como de política, que trazem objetivos a serem alcançados - como o fortalecimento da justiça criminal e o combate à impunidade -, em preponderância sobre argumentos de princípio que descrevem direitos fundamentais pela exigência moral de justiça. O autor defende que somente os argumentos de princípio podem embasar as decisões jurídicas, devendo o judiciário se ater às normas postas, sendo os argumentos de política próprios do legislativo.²³³

Como mencionado, todos os votos realizam também ponderação entre o princípio da presunção de inocência e o princípio da efetividade penal. Entretanto, levando em conta a referida distinção, identifica-se que a efetividade da jurisdição penal não é realmente um

²³³ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 2000, pp. X, 6 e 17.

princípio, pois desencadeia argumentos políticos, constituindo um interesse social, mas não um direito. Assim, a eficácia penal não poderia ser ponderada, em nível de igualdade, com a presunção de inocência que tem propriamente caráter de princípio, descrevendo um direito individual.

Os ministros também utilizaram o princípio da proporcionalidade na ponderação, afirmando que este proíbe os excessos penais e, na mesma medida, a proteção deficiente, devendo ser admitida a execução antecipada da pena em nome da eficiência penal. Dworkin explicita, no entanto, que a restrição de um direito é muito mais grave que sua inflação, pois os direitos fundamentais são irrenunciáveis ao Estado de Direito e dizem respeito à própria dignidade humana.

Assim, as medidas para combater a corrupção e a impunidade, aumentar a eficiência penal e promover segurança pública devem ser tomadas pelo legislativo e executivo, pois são interesses sociais e as pessoas não possuem propriamente, um direito, reclamável em juízo, a ver réus presos. Ao judiciário reservam-se as decisões baseadas em direitos e leis postas pelo legislativo, não podendo se imiscuir na política fazendo escolhas estratégicas para o bem-estar social sob pena de se violar completamente o processo democrático.

Constatou-se, nos votos analisados, que o interesse da coletividade em ver efetivada a punição penal se sobrepôs ao direito do réu à presunção de inocência, havendo uso de argumentos de política em detrimento de argumentos de princípio.

Quanto às evidências, constatou-se uma tendência crescente no Supremo Tribunal Federal ao uso de dados empíricos, especialmente em ações de controle concentrado, impulsionada também pelas manifestações de *amici curiae* e realização de audiências públicas, as quais trazem informações técnicas e científicas sobre os temas.

No caso das ADCs nº 43, 44 e 54, os ministros mencionaram preocupação com a aferição da realidade prática, mas poucos realmente trouxeram dados empíricos, além disso observou-se pouco diálogo com as razões e dados trazidos pelos *amici curiae*.

As evidências que apareceram nos votos foram relativas ao índice de provimento de recursos nos tribunais superiores, ao impacto da decisão no índice de encarceramento do país, ao impacto da decisão no combate à corrupção, ao índice de prescrição dos processos, ao impacto da decisão sobre os mais pobres e se utilizou também casos concretos emblemáticos para exemplificar a impunidade.

Quanto às fontes, foram utilizadas especialmente fontes jurídicas como normas, tratados e jurisprudência; a doutrina também foi fonte recorrente, tendo sido citados vários juristas

nacionais e internacionais. Barroso empregou também fontes jornalísticas e de instituições governamentais e judiciárias, além de pesquisa do seu próprio gabinete.

Observou-se pouco rigor científico na apresentação dos dados empíricos e má-referenciação das fontes. Todos os ministros mencionaram evidências, mas somente Barroso trouxe dados concretos. Contudo, alguns dados foram utilizados pelo ministro para embasar afirmações desconexas com as pesquisas referências. Constatou-se então que o uso de evidências empíricas foi empregado mais pelo argumento de autoridade da ciência que de fato pelo uso informado de dados.

Conclui-se, portanto, que os argumentos movimentados pelos ministros do STF para fundamentar a validade da execução antecipada da pena são baseados em (i) consideração de consequências externas para a sociedade, principalmente ligadas ao combate à impunidade; (ii) uso de conceitos vazios como defesa da ordem pública e da credibilidade das instituições; (iii) uso de dados empíricos com pouco rigor científico e fontes mal referenciadas; (iv) realização de ponderação que revela verdadeira análise de custo-benefício e (v) consistem em argumentos de política em detrimento dos argumentos de princípio.

VOTOS ANALISADOS

MORAES, Alexandre de. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 43*. 2019. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43AM.pdf>>. Acesso em 30 out. 2019.

FACHIN, Luiz Edson. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 43*. 2019. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43EF.pdf>>. Acesso em 30 out. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 43. Anotações para o voto oral*. 2019. Disponível em <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2019/10/66f91d5d07f1c24bdbcc78401f4c59fc.pdf>>. Acesso em 30 out. 2019.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Voto proferido na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43*. Supremo Tribunal Federal. Brasília, nov. 2019. Vídeo disponível em <<https://youtu.be/BU0Oym2ae5g>>. Acesso em 09 nov. 2019.

FUX, Luiz. *Voto proferido na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43*. Supremo Tribunal Federal. Brasília, out. 2019. Vídeo disponível em <https://youtu.be/vf0si_XxmoU>. Acesso em 30 out. 2019.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALONSO JR., Antônio et. al. *Nova Lei Penal salva o delegado Fleury*: Avanço na legislação é aprovado a tempo de livrar torturador da cadeia. Memorial da democracia. Disponível em: <<http://memorialdademocracia.com.br/card/nova-lei-penal-salva-o-delegado-fleury>>. Acesso em 02 nov. 2019.

AZEVEDO, Jackson Chaves de. Capítulo II: A reforma de 1984, uma ilusão... In: *Reforma e contra-reforma penal (1984-1996): uma ilusão ... que sobrevive*. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, 1997.

BEZERRA, Milena Gomes. *A tendência de interpretação neoconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal sobre a execução antecipada da pena e sua análise sob o prisma da teoria de Ronald Dworkin*. 69 f. Monografia (graduação) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2018.

BITTAR, Paula. *CCJ discute proposta que permite prisão após condenação em 2ª instância*. Câmara dos Deputados: Notícias, 30/10/2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/605235-ccj-discute-proposta-que-permite-prisao-apos-condenacao-em-2a-instancia/>>. Acesso em 1 nov. 2019.

BORGES, Lucca Bernardo. *Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44: uma análise sobre o princípio da presunção da não*

culpabilidade. 61 f. Monografia (graduação) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2016.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório*. Brasília: CNV, 2014.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 22 jul. 2019.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm Acesso em 22 jul. 2019.

_____. *Exposição de motivos do Código de Processo Penal*. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Francisco Campos, Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 8 de setembro de 1941. Disponível em <http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf>. Acesso em 26 fev. 2020

_____. *Exposição de motivos n. 211, de 9 de maio de 1983*. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Ibrahim Abi-Ackel, Ministério da Justiça, 9 de maio de 1983. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-exposicaodemotivos-148879-pl.html>>. Acesso em 26 fev. 2020

_____. *Exposição de motivos n. 213, de 9 de maio de 1983*. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Ibrahim Abi-Ackel, Ministério da Justiça, 9 de maio de 1983. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>>. Acesso em 26 fev. 2020

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 84.078/MG*. Relator: Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009. Data da Publicação no DJE 26/02/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em 22 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 126.292/SP*. Relator: Ministro Teori Zavaski, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016. Data de Publicação no DJE 17/05/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 22 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 152.752/PR*. Relator: Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 05/04/2018. Data de Publicação no DJE 27/06/2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>>. Acesso em 22 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Declaratória De Constitucionalidade n° 43 Distrito Federal*. In: Ação direta de constitucionalidade n° 43/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Ministro Edson,

Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2016. Data de publicação no DJE 07/03/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=43&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 22 jul. 2019.

BREWER-CARÍAS, Allan R. *La jurisdicción constitucional en América Latina*. In: BELAÚNDE, Domingo García Belaúnde; SEGADO, Francisco Fernández (Coord.). *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Dykinson S.L. (Madrid), Editorial Jurídica Venezolana (Caracas), Ediciones Jurídicas (Lima), Editorial Jurídica E. Esteva (Uruguay), Madrid, 1997. pp. 117-161. Disponível em: <http://allanbrewercarias.com/?s=La+jurisdicci%C3%B3n+constitucional+en+Am%C3%A9rica+Latina&taxonomy_year=>>. Acesso em 13 set. 2019

COUSO, Javier. *The Changing Role of Law and Courts in Latin America: From an Obstacle to Social Change to a Tool of Social Equity*. In: Gargarella, Roberto; Domingo, Pilar; Roux, Theunis. *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?* p. 61-79, 2006.

DANTAS, Dimitrius. *Defensoria Pública é responsável por quase metade dos recursos apresentados em instâncias superiores*. Época, 29/10/2019. Disponível em <<https://epoca.globo.com/brasil/defensoria-publica-responsavel-por-quase-metade-dos-recursos-apresentados-em-instancias-superiores-24048594>>. Acesso em 21 jan. 2020.

DECLARAÇÃO de direitos do homem e do cidadão, 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 23 out. 2019.

DOTTI, René Ariel. *A reforma do sistema de penas - antigos e novos desafios 20 anos depois*. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM: Editorial, Boletim - 140 - Julho Esp. / 2004. Disponível em <https://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/169-140---Julho-Esp.----2004>. Acesso em 25 fev. 2020.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1ª ed., 2002.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1ª ed., 2000.

FARIA, Flávia; GARCIA, Guilherme. *Defensoria Pública supera advogados particulares em casos revistos por STJ e STF*. Folha de São Paulo, 06/11/2019. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/defensoria-publica-supera-advogados-particulares-em-casos-revistos-por-stj-e-stf.shtml>>. Acesso em 21 jan. 2020.

_____. *Maioria dos recursos após 2ª instância é julgada em até 1 ano no STJ e no Supremo*. Folha de São Paulo, 16/10/2019. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/10/maioria-dos-recursos-apos-2a-instancia-e-julgada-em-ate-1-ano-no-stj-e-no-supremo.shtml>>. Acesso 21 jan. 2020.

FERREIRA, Luísa Rodrigues. *Execução provisória da pena: análise dos argumentos da Suprema Corte à luz da teoria de Dworkin*. 74 f. Monografia (graduação) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2016.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. Capítulo 4 – Juízes neoconstitucionalistas. In: *O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito*. 217 f.. Tese (doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012. doi:10.11606/T.2.2012.tde-29082013- 113523

HASSEMER, Winfried. Sobre a consideração das consequências na interpretação da Lei Penal. In: *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política*. Org. e rev. Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos; tradução Adriana Beckman Meirelles et. al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, pp. 129-170.

HELMKE, Gretchen; RIOS-FIGUEROA, Julio. Introduction: Courts in *Latin America*. In: HELMKE, Gretchen; RIOS-FIGUEROA, Julio (Eds.) *Courts in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 1-26. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/283018009_Introduction_Courts_in_Latin_America>. Acesso em 25 set. 2019.

LIBARDONI, Marlene. *Fundamentos teóricos e visão estratégica da advocacy*. Revista Estudos Feministas, CFH/CCE/UFSC, v. 8, n. 2, p. 167-169, 2000

LIMA, Flávia, PEDROSA, Laís. *Execução provisória da pena e presunção de inocência: uma análise garantista da decisão do Supremo Tribunal Federal no habeas corpus 126.292/SP*. Argumenta Journal Law, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 29, 2018, p. 131-159.

MELLO FILHO, José Celso de. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade* 43. 2019. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf>>. Acesso em 07 fev. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 12. ed. rev. e atual., e-book.

MENDES, Gilmar Ferreira. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade* 43. 2019. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-mendes1.pdf>>. Acesso em 24 fev. 2020.

MIGALHAS. *Defesa do casal Nardoni contesta citação do caso no voto de Fux sobre prisão em 2ª instância*: Veja carta aberta de Roberto Podval ao ministro. Migalhas, 25/10/2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI313908,101048-Defesa+do+casal+Nardoni+contesta+citacao+do+caso+no+voto+de+Fux+sobre>>. Acesso em 31 out. 2019.

_____. *Toffoli suspende decisão de Marco Aurélio que impedia prisão antes do trânsito em julgado*. Migalhas, 19/12/2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI293257,61044-Toffoli+suspende+decisao+de+Marco+Aurelio+que+impedia+prisao+antes+do>>. Acesso em 31 out. 2019.

NAVIA, Patricio; RÍOS-FIGUEROA, Julio. *The constitutional adjudication mosaic of Latin America*. Comparative Political Studies, Vol. 38, núm. 2, pp. 189-217, 2005.

NERI, M. *Apresentação*. In: Cunha, Alexandre dos Santos; Silva, Paulo Eduardo Alves da (Org.) *Pesquisa empírica em direito*. Rio de Janeiro: Ipea, 2013, ISBN 978-85-7811-163-2.

OLIVEIRA, José Carlos. *CCJ aprova admissibilidade da proposta que permite prisão após segunda instância*. Câmara dos Deputados: Notícias. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/615559-CCJ-APROVA-ADMISSIBILIDADE-DA-PROPOSTA-QUE-PERMITE-PRISAO-APOS-SEGUNDA-INSTANCIA>>. Acesso em 12 dez. 2019.

ONU. Assembléia Geral das Nações Unidas em Paris. *Declaração Universal Dos Direitos Humanos*. Paris: 10 dez. 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em 23 out. 2019.

PAIXÃO, Cristiano. *Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988*. Araucaria, Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades, año 13, nº 26, pp. 146-169, Segundo semestre de 2011. Disponível em: <<http://institucional.us.es/revistas/Araucaria/A%C3%B1o%2013%20%20N%C2%BA%20%202011/Direito.pdf>>. Acesso em 26 fev. 2020.

PELUSO, Cezar. *Presunção de inocência: é preciso entender a grandeza do princípio*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 21, 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/52364/e-preciso-entender-a-grandeza-do-principio-da-presuncao-de-inocencia>>. Acesso em: 07 fev. 2020.

PONTE, Antonio Carlos da; FELICIO, Guilherme Lopes. *O direito penal a partir de um estado democrático de direito: o legado da reforma penal brasileira de 1984 para a Constituição Federal de 1988*. Lex Magister, ISSN-1981-1489. Disponível em: <https://lex.com.br/doutrina_27676469_O_DIREITO_PENAL_A_PARTIR_DE_UM_ESTADO_DEMOCRATICO_DE_DIREITO_O_LEGADO_DA_REFORMA_PENAL_BRASILEIRA_DE_1984_PARA_A_CONSTITUICAO_FEDERAL_DE_1988.aspx>. Acesso em 25 fev. 2020.

RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes; MACHADO, Igor Suzano; SILVA, Klarissa Almeida. *A reforma processual penal de 2008 e a efetivação dos direitos humanos do acusado*. Rev. direito GV, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 677-702, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000200012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 23 out. 2019.

RÍOS-FIGUEROA, Julio. *Fragmentation of Power and the Emergence of an Effective Judiciary in Mexico, 1994-2002*. Cambridge University Press on behalf of the Center for Latin American Studies at the University of Miami: Latin American Politics and Society, Vol. 49, No. 1, , 2007, pp. 31-57. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/4490506>> Acesso em 13 set. 2019

Supremo Tribunal Federal. *Julgamento de ações sobre cumprimento da pena após condenação em segunda instância continuará na quarta-feira (23)*. Notícias STF, 17/10/2019. Disponível

em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=427195>>. Acesso em 30 out. 2019.

_____. *Ministro Marco Aurélio suspende prisão de condenados por sentenças sem trânsito em julgado.* Notícias STF, 19/12/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=399127>>. Acesso em 31 out. 2019.

_____. *STF admite execução da pena após condenação em segunda instância.* Notícias STF, 05/10/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em 28 out. 2019.

_____. *STF decide pela constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa.* Notícias STF, 17/02/2012. Disponível em: <https://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesClipping.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=200628>. Acesso em 18 jan. 2020.

_____. *STF decide que cumprimento da pena deve começar após esgotamento de recursos.* Notícias STF, 07/11/2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359&ori=1>>. Acesso em 08 nov. 2019.

_____. *Supremo garante a condenado o direito de recorrer em liberdade.* Notícias STF, 05/02/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=102869>>. Acesso em 27 out. 2019.

_____. *STF nega habeas corpus preventivo ao ex-presidente Lula.* Notícias STF, 05/04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374437>>. Acesso em 28 out. 2019.

_____. *STF retoma na quinta-feira (24) julgamento sobre prisão após condenação em segunda instância.* Notícias STF, 23/10/2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=427866>>. Acesso em 30 out. 2019.

_____. *STF suspende julgamento com 4 votos a favor e 3 contra prisão após condenação em 2ª instância.* Notícias STF, 24/10/2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=428003>>. Acesso em 30 out. 2019.

_____. *Pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF.* Notícias STF, 17/02/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>>. Acesso em 28 out. 2019.

_____. *Possibilidade de prisão após segunda instância é objeto de nova ADC no Supremo.* Notícias STF, 18/04/2018. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=375810>>. Acesso em 28 out. 2019.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. *The global expansion of judicial power: The Judicialization of Politics*. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. (Eds.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

_____. *Part I: Concepts and Conditions*. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. (Eds.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

TOFFOLI, José Antonio Dias. *Voto proferido na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43*. Supremo Tribunal Federal. Brasília, nov. 2019. Vídeo disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=0f4QNaPAzN0>>. Acesso em 09 nov. 2019.

ZAPATER, Maíra. *A execução antecipada da pena: o antigo problema em “novo” debate*. In: Justificando. São Paulo, 04 mai. 2018. Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/05/04/a-execucao-antecipada-da-pena-o-antigo-problema-em-novo-debate/#_ftn9>. Acesso em: 22 jul. 2019.